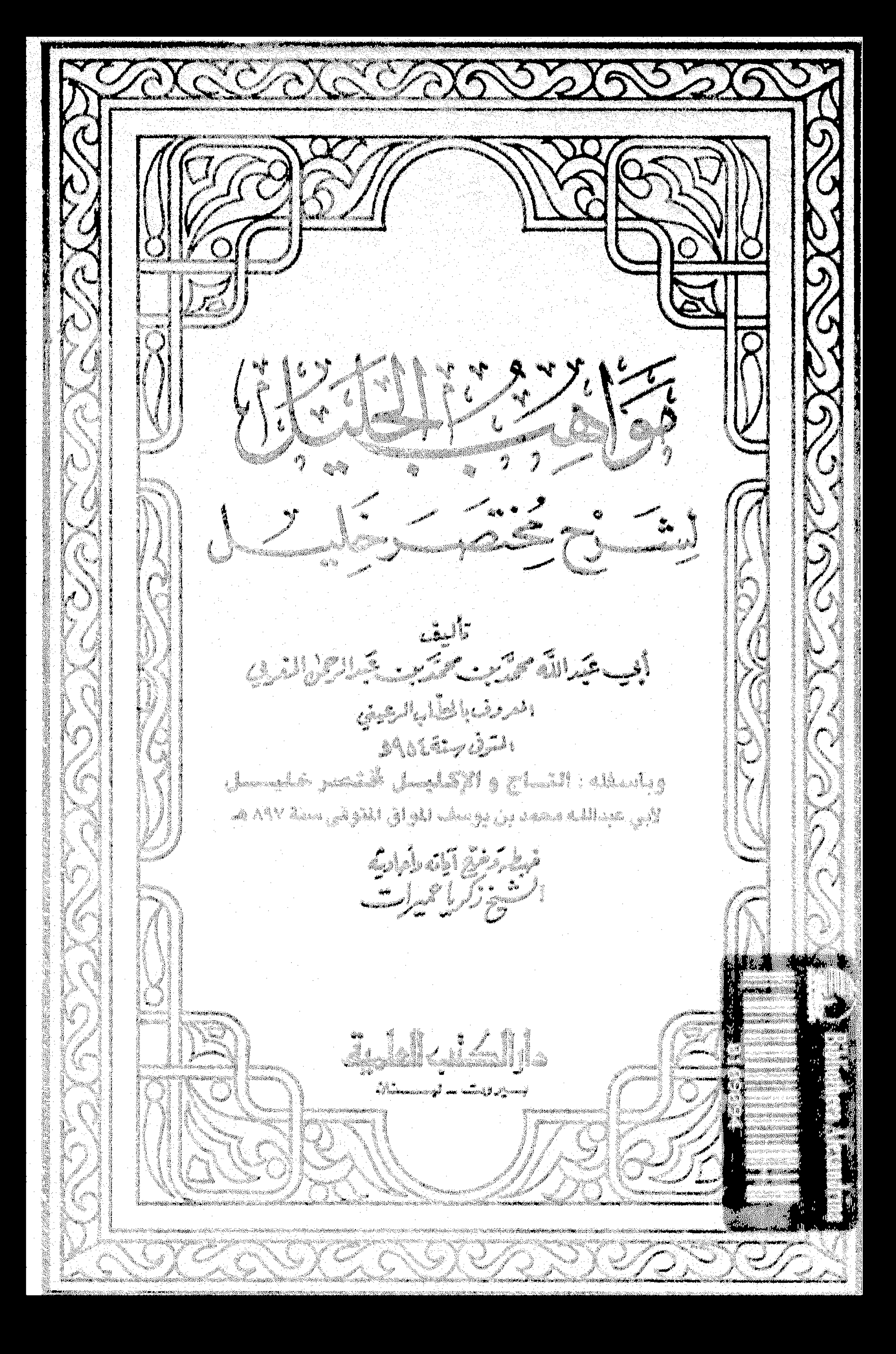

مواهب الجليل
لشرح مختصر خليل
تأليف
أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي
المعروف بالحطاب الرعيني
المتوفى سنة ٩٥٤هـ
وبأسفله: التاج والإكليل لمختصر خليل
لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ
ضبطه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ زكريا عميرات
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



تأليف

أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي

المعروف بالحطاب الرعيني

المتوفى سنة ٩٥٤هـ

ضبطه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ زكريا عميرات

الجزء الثامن

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م

دار الكتب العلمية
Dar al-Kotob al-Ilmiyah

Beirut, Ramel al-Zarif, Bohtory St. - P.O.Box : 11-9424 Beirut
Tel & Fax : (961-1) 602133 - 868051 - 366135 - 364398

بيروت - رمل الظريف - شارع البحتري - ص. ب.: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت
هاتف و فاكس: (١-٩٦١) ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٦٤٣٩٨

Beirut - lebanon بيروت - لبنان



باب الهبة

الهِبَةُ. تَمْلِيكٌ بِلاَ عوَضٍ وَلِثَوَابِ الآخِرَةِ صَدَقَةٌ. وَصَحَّتْ فِي كُلِّ مَمْلُوكٍ يُنْقَلُ،

باب

ص: **(الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة)** ش: قال ابن عرفة: الهبة أحد أنواع العطية. وهي ـ أي العطية ـ تمليك متمول بغير عوض إنشاء. فيخرج الإنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه، وتدخل العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة. ثم قال: والهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطي وفي الهبة لكونها كذلك مع إرادة الثواب من الله صدقة أو لا؟ قولا الأكثر ومطرف حسبما يأتي ذكره في الاعتصار. وتخرج العارية والبيع. فقول المصنف «الهبة تمليك بلا عوض» يريد ولم تتمحض لثواب الآخرة وذلك أعم من أن تكون لوجه المعطى فقط أو لذلك مع قصد ثواب الآخرة، فإن تمحضت لثواب الآخرة فهي الصدقة، وهذا معنى قوله «ولثواب الآخرة صدقة».

فائدة: ورد في الحديث «داووا مرضاكم بالصدقة». سئل ابن رشد عن هذا الحديث

كتاب الهبة

ابن شاس: فيه بابان: الأول في أركانها الثاني في حكمها **(الهبة تمليك بلا عوض)** ابن عرفة: الهبة أحد أنواع العطية وهي تمليك شمول بغير عوض إنشائي **(ولثواب الآخرة صدقة)** ابن عرفة: الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطي. قال الأكثر: والهبة كذلك مع إرادة الثواب من الله صدقة **(وصحت في كل مملوك ينقل)** ابن شاس: الركن الثاني الموهوب وهو كل مملوك يقبل النقل. ابن عبد السلام: كالدار والثوب ومنافعهما لا ما لا

ومعناه فأجاب بأني لست أجده في نص من المصنفات الصحيحة، ولو صح فمعناه الحث على عيادة المرضى لأن ذلك من المعروف، وكل معروف صدقة فيحصل له السرور والدعاء له ولا شك في رجاء الإجابة له والشفاء فينفعه في الدواء. قال البرزلي: وحمله بعض شيوخنا على ظاهره وأنه إذا تصدق عنه ويطلب له الدعاء من المتصدق عليه ويرجى له الشفاء. ذكره البرزلي في آخر مسائل الوصايا والمحجور، وهو في النوازل في باب الجامع. والحديث أخرجه الطبراني والبيهقي. وقال العراقي في تخريج الإحياء: حديث «الصدقة تسد سبعين باباً من السوء». ابن المبارك في البر من حديث أنس بسند ضعيف «إن الله ليدرأ بالصدقة سبعين باباً من ميتة السوء» والله أعلم.

فرع: قال في أثناء كتاب الهبة من المدونة: ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب لم يجز إلا أن يكون سفيهاً أو صغيراً فيشترط ذلك عليه ما دام في ولاية فيجوز، وإن شرط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز، كان ولداً للواهب أو أجنبياً. المشذالي: قال القابسي عن ابن عمران: انظر ما معنى سفيهاً أو صغيراً وهما لا يجوز بيعهما شرطه أم لا. أبو عمران: لعله أراد أن لا تباع عليه إذا احتاج إلى النفقة لأن لوليه بيع عروضه في النفقة فشرط أن لا تباع ويباع غيرها إن وجد. قال القابسي: الهبة جائزة وهي كالحبس المعين لو وهب هبة لسفيه أو يتيم أو شرط أن تكون يده مطلقة عليها وأنه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن: حصل ابن رشد فيها في رسم إن خرجت من سماع عيسى خمسة أقوال.

الأول: إن الصدقة والهبة لا تجوز إلا أن يشاء الواهب أن يبطل الشرط، فإن مات أحدهما بطلت وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية ومثل قول ابن القاسم في رواية سحنون.

الثاني: إن الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته وورثته بعده ما لم ينتقض أمره بموت الموهوب، وهذا القول يأتي على ما في مسألة الفرس.

الثالث: إن الشرط باطل والهبة جائزة، وهذا يأتي على ما في المدونة في مسألة تحبيس الدّار واشتراط ترميمها على المحبس عليه.

الرابع: إن الشرط عامل والهبة ماضية لازمة فتكون الصدقة بين المتصدق عليه كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث، وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية وقول مطرف في الواضحة وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب، لأن الرجل له أن يفعل في ملكه ما شاء.

الخامس: أن يكون ذلك حبساً فإذا مات المتصدق عليه أو الموهوب له رجع إلى المتصدق أو ورثته أو أقرب الناس بالمحبس على اختلاف قول مالك انتهى. والأقوال مبسوطة في

....

كلام ابن رشد بأكثر من هذا فراجعها في الرسم المذكور من السماع المذكور من كتاب الصدقات والهبات والله أعلم.

فرع: قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن قال في وصيته أحجوا فلاناً ولم يقل عني، أعطي من الثلث بقدر ما يحج به، فإن أبى الحج فلا شيء له، وإن أخذ شيئاً رده إلا أن يحج به. قال المشذالي: قال ابن عرفة: كان بعضهم يأخذ من هنا أن من أوصى لرجل بمال ليتزوّج به فلم يفعل أنه يرجع ميراثاً. والذي عندي أنه ينظر إلى ما يفهم بالقرائن عن الموصي إن أراد الإرفاق والتوسعة عليه فيكون له، وإن لم يتزوّج، وإن أراد خصوصية النكاح رجع ميراثاً، وإن جهل الأمر فالأصل عدم تجاوز النكاح، فإن انعدم رجع ميراثاً.

قلت: الظاهر أنها تجري على ما قال بعض الشيوخ في كتاب المكاتب فيمن أخذ مالاً ليغزو به فلم يغز أنه يرد. وكذا ابن السبيل إذا دفع له مال ليتحمل به فلم يسافر أنه يرده، ومن دفع له مال ليقرأ فلم يفعل أنه يرده. ويُحكي أن الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة دفع له أبوه مالاً ليقرأ عليه فرأى أن غرض أبيه لم يحصل فرد له المال وأخبره أنه لم يبلغ من القراءة غرضه، فأتى أبوه إلى بعض الصالحين فشكا له أمره فدعا له وقال: اللهم افتح له المدونة كما فتحتها لسحنون. المشذالي: والصالح الذي دعا له ذكر بعضهم أنه الشيخ أبو يعزى رحمه الله. قاله الشيخ أبو الحسن في كتاب المكاتب. وقال ابن رشد في أول نوازل سحنون من الوكالات: وإذا صالح الوكيل عن الغريم من ماله فلم يجز الموكل الصلح، فله أن يرجع بما دفع من ماله لأنه إنما دفعه على أن يحط عن الغريم ما صالح على حطه، فإذا لم يحط كان له الرجوع، ولها نظائر كثيرة منها مسألة المكاتب في المدونة في قوم أعانوا مكاتباً ليفكوه فلم يكن فيما أعانوه كفافاً أن لهم أن يرجعوا فيه إلا أن يجعلوا المكاتب في حل. ومن ذلك صلح من قتل رجلين أولياء أحدهما ويأبى أولياء الآخر، فإن له أن يرجع لأنه إنما صالح على النجاة. قاله في سماع يحيى من الدعوى انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في مسألة الوصايا: يقوم منه أن من أعطى مالاً لاشتغاله بطلب العلم أنه لا ينفقه في غير ذلك، وكذلك من توهم فيه صلاح أو غيره من وجوه الخير وهو يعلم أنه ليس كذلك أنه لا يجوز له أخذه. وانظر مسألة الحافظ التادلي ويشير لما حكاه المشذالي عنه كما تقدم. وقال في النوادر في كتاب الهبات: ومن أعطى نفقة فقيل له تقوّ بها في السبيل فليشتر من ذلك القمح والزيت والخل وكل ما ينتفع به في السبيل ولا يشتري به الدجاج ونحوه، وما فضل فرّقه في السبيل أو ردّه إلى ربه إلا أن يقال اصنع به ما شئت هي لك، فهذا إذا بلغ في غزوه صنع به ما يصنع في ماله. وأما إن قال له ذلك الوصي فلا يجوز ما قاله الوصي أن يفرقه في غير السبيل إلا أن يوصي إليه بمثل هذا انتهى.

مسألة: إذا قال تصدّقت بجميع ميراثي أو بميراثي على فلان وهو كذا وكذا في الغنم

مِمَّنْ لَهُ تَبَرُّعٌ بِهَا، وَإِنْ مَجْهُولاً، أَوْ كَلْباً،

والبقر والرمك والثياب والدور والأرضين إلا الأرض البيضاء فإنها لي وفي تركته جنان لم ينص عليه قال أصبغ: له كل شيء إلا ما استثناه إذا كان يعرفه، وأرى الجنان إن كان يعرفه داخلاً في الصدقة لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان إلا أن تكون الأرض هي الجنان عند الناس. قاله في رسم القضاء المحض من كتاب الصدقات من سماع أصبغ. قال ابن رشد: وهذا كما قال، لأنه قد تصدّق عليه بجميع ميراثه إلا الأرض البيضاء كما قال فوجب أن يكون الجنان داخلاً في الصدقة إلا أن يكون عند الناس من الأرض البيضاء كما قال انتهى.
ص: **(ممن له تبرع بها)** ش: قال ابن عرفة: قال ابن شاس وابن الحاجب: الواهب من له التبرع.

قلت: ليس التبرع بأعرف من الهبة لأن العامي يعرفها دونه والأولى هو من لا حجر عليه بوجه انتهى. قوله «لا حجر عليه بوجه» يريد في القدر الذي يصح له منه الهبة لقوله بعده «وتصح من المريض في ثلثه إذ لا حجر عليه فيه» فتأمله والله أعلم.

فرع: قال في أول كتاب الصدقة من المدونة: وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم يخرج من يده حتى مات فذلك ناقد في ثلثه كوصاياه، لأن حكم ذلك حكم ما أعتق الإيقاف ليصح المريض فيتم ذلك أو يموت فيكون في الثلث ولا يتم فيه لقابض في المرض قبض، ولو قبضه كان للورثة إيقافه. وليس لمن قبضه أكل غلته إن كانت له غلة، ولا أكله إن كان مما يؤكل، ولا رجوع للمريض فيه لأنه بتل خلاف الوصية، ولا يتعجل قبضه إلا على أحد قولي مالك في المريض له مال مأمون فينفذ ما بتل من عتق وغيره انتهى. ص: **(وإن مجهولاً)** ش: قال في المدونة: والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز إلا في البيع، ومن وهب لرجل موروثه من فلان وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز انتهى. ونقله في النوادر في كتاب الهبات والصدقات عن كتاب ابن المواز، وقال قبله: قال أبو محمد: وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة. وقال ابن عبد الحكم: تجوز هبة المجهول ولو ظهر له أنها كثير بعد ذلك انتهى.

فرع: قال في النوادر عن كتاب ابن المواز: إن تصدق عليه ببيت من داره ولم يسم له

يقبل كالاستمتاع بالزوجة وأم الولد. زاد ابن هارون: كالشفعة ورقبة المكاتب. ابن عرفة: هذه زيادة حسنة **(ممن له تبرع بها)** ابن شاس: الواهب من له التبرع ابن عرفة: العامي يعرف الهبة ولا يعرف التبرع فهي أعرف من التبرع، والأولى الواهب من لا حجر عليه بوجه فيخرج من أحاط الدين بماله **(وإن مجهولاً)** حكى محمد الإجماع على جواز هبة المجهول. ومن المدونة: من وهب مورثه وهو لا يدري كم هو جاز والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز. راجع ابن عرفة فإن هنا تفصيلاً **(وكلباً)** ابن

وَدَيْناً وَهُوَ إِبْرَاءٌ، إِنْ وُهِبَ لِمَنْ عَلَيْهِ، وَإِلاَّ فَكَالرَّهْنِ،

مرفقاً فليس له منعه من مدخل ومخرج ومرفق بئر ومرحاض إن لم يسمه في الصدقة، وليس له أن يقول افتح باباً حيث شئت. وكذلك في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا وهب له حائط وله ثمر وزعم أنه إنما وهبه الأصل دون الثمرة، فإن كانت لم تؤبر فهي للموهوب له، وإن كانت مؤبرة فهي للواهب ويقبل قوله ولا يمين عليه انتهى. قاله في كتاب الصدقة. وانظر كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الصدقات والبرزلي في كتاب الهبات فإنهما أطالا في ذلك وذكرا فروعاً مناسبة والله أعلم.

ص: (وهو إبراء إن وهب لمن هو عليه) ش: قال في المدونة: ومن وهبك ديناً له عليك فقولك قد قبلت قبض، وإذا قبلت سقط، وإن قلت لا أقبل بقي الدين بحاله. أبو الحسن: وإن سكت فقولان، ويؤخذ القولان من مسألة الأرض التي بعد هذا إذا افترقا ولم يقل قبلت فقال ابن القاسم: الهبة ساقطة. وقال أشهب: الدين لمن هو عليه وإن لم يقل ذلك حتى مات الواهب انتهى. وقال في الشامل: وإن وهب الدين لمن هو عليه والوديعة لمن هي تحت يده فقبل مضى، وإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت الهبة على الأصح كأن قال لا أقبل انتهى. وقال البرزلي في مسائل الصدقة: وسئل أبو محمد عمن كان عليه دين فتركه صاحبه له ولم يقل الذي عليه قبلت إلا أنه سمعه ثم قام صاحب الدين يطلبه وقال: إذا لم يقل قبلت فليس له شيء. فأجاب: إذا قال المطلوب إنما سكت قبولاً لذلك فالقول قوله. قال البرزلي: قلت: جعل السكوت هنا قبولاً ويتعارض فيها مفهوماً المدونة ونقل كلامها المتقدم.

فرع: قال ابن عرفة ناقلاً له عن الباجي: دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقاً.

قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين. انتهى وسيأتي كلامه برمته إن شاء الله.

ص: (وإلا فكالرهن) ش: أحال على الرهن ولم يتقدم له فيه شيء. وقال ابن الحاجب في باب

شاس: تصح هبة الكلب **(وديناً وهو إبراء إن وهب لمن عليه)** من المدونة: من وهبك ديناً له عليك فقولك قد قبلت قبض، وإذا قبلت سقط الدين. وإن قلت لا أقبل بقي الدين بحاله. ولو كان دينه على غيرك فوهبه لك فإن أشهد بذلك وجمع بينك وبين غريمه ودفع إليك ذكر الحق إن كان عنده فهو قبض، وإن لم يكن كتب عليك ذكر الحق وأشهد لك وأحالك عليه كان ذلك قبضاً، وكذلك إن أحالك به عليه في غيبته وأشهد لك وقبضت ذكر الحق كان ذلك قبضاً لأن الدين هكذا يقبض ليس هو شيئاً بعينه. راجع ما تقدم في النكاح عند قوله «وإن وهبت الصداق» **(وإلا فكالرهن)** تقدم نص المدونة: وإن كان دينه على غيرك الخ. وقال ابن شاس: هبة الدين تصح كما يصح رهنه ثم قبضك قبضه

الرهن وقبض الدين بالإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن وقبله في التوضيح ثم قال ابن الحاجب هنا في باب الهبة: وتصح هبة الدين وقبضه كقبضه في الرهن مع إعلام المدين بالهبة. قال في التوضيح هنا: قوله «مع إعلام إلى آخره» زيادة بيان لأن قوله «كقبض الرهن» يغني عنه. ألا ترى أنه قال في كتاب الرهن: «وقبض الدين إلى آخره» ثم إن إعلام المدين إنما هو مع حضوره، وأما إن كان غائباً ففي المدونة يصح القبض إذا أشهد لك وقبضت ذكر الحق وهكذا تقبض الديون، ولم يتعرض المصنف يعني ابن الحاجب لقبض الوثيقة. قال في الهبة من المدونة: وإن كان دينه على غيرك فوهبه لك فإن أشهد لك وجمع بينك وبين غريمه ودفع لك ذكر الحق إن كان عنده فهذا قبض، فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق وأشهد لك وأحالك كان ذلك قبضاً. وحمله صاحب النكت على ظاهره من أنه إن لم يدفع ذكر الحق لا تصح الهبة بموت الواهب كالدار المغلقة إذا لم يعطه مفاتيحها حتى مات الواهب أنه لا يصح للموهوب شيء وإن أشهد له. وجعل دفع الوثيقة في وثائق ابن العطار من شروط الكمال، وظاهر قول المصنف «مع إعلام المدين» وقوله في المدونة «وجمع بينك وبين غريمه» أن ذلك شرط ويجب أن يحمل على أنه شرط كمال لأنه قد حكى في البيان في الجزء الثاني من الصدقات الاتفاق على عدم اشتراطه فقال: ولا خلاف في أن الذي عليه الدين حائز لمن تصدق عليه به وإن لم يعلم المتصدق عليه غائباً أو حاضراً فقبل. انتهى كلام التوضيح فتأمله مع كلامه هنا. وقوله في التوضيح في آخر كلامه «وإن لم يعلم المتصدق عليه غائباً أو حاضراً» كذا هو في التوضيح. والذي في البيان «إن كان المتصدق عليه غائباً أو حاضراً فقبل» ذكره في رسم العشور من سماع عيسى فقف عليه.

فرع: فإن دفع الدين بعد علمه بالصدقة للمتصدق غرمه للمتصدق عليه. قال ابن رشد: ويرجع به على المتصدق به الذي دفعه إليه، وإن لم يعلم فلا غرم عليه ورجع المتصدق عليه فأخذه من المتصدق. قاله في رسم العشور من سماع عيسى من الصدقات والهبات.

فرع: فإن وهب ديناً وله عليه شاهد واحد، فهل يحلف رب الدين أو الموهوب له؟ قال المشذالي في حاشيته على المدونة في الشفعة: لو وهب له ديناً وله به شاهد حلف الموهوب له مع شاهد الواهب واستحق الدين. وتقدم في السلم الثالث مسألة المرأة تهب كالئها بعد موت زوجها مع ما يناسبها انتهى. ويشير لما قاله في كتاب السلم الثالث في قوله: وإن ابتعت طعاماً فلم تقبضه حتى أسلفته. ومما يشبه هذا ما قالوه فيمن اشترى سلعة من رجل ثم أنكر البائع ولم يجد المشتري على الشراء إلا شاهداً واحداً وكان قد تصدق بما اشتراه أن اليمين على المتصدق عليه لا على المشتري، لأنه يقول لا أحلف ويأخذ غيري. حكاه الشيخ أبو الحسن في كتاب الولاء، وذلك خلاف ما أشار إليه صاحب الطراز عن الأبهري في امرأة تصدقت بكالىء

وَرَهْناً لَمْ يُقْبَضْ وَأَيْسَرَ رَاهِنُهُ، أَوْ رَضِيَ مُرْتَهِنُهُ، وَإِلاَّ قُضِيَ بِفَكِّهِ، إِنْ كَانَ مِمَّا يُعَجَّلُ وَإِلاَّ بَقِيَ لِبَعْدِ الأَجَلِ بِصِيغَةٍ، أَوْ مُفْهِمِهَا،

صداقها وقد أثبتته على زوجها الميت قال: لا يقبضه المتصدق عليه إلا بعد يمين المرأة أنها لم تقبضه ولا وهبته ولا أحالت به ولا تصدقت به خوفاً أن تكون إنما فعلت لتدفع اليمين عنها. وقال البرزلي في كتاب الهبات: رأيت معلقاً على فتوى ابن رشد في الهبة يحلف الواهب، وقد تقدم عن ابن عات: إذا وهب الدين بشاهد واحد من الحلف انتهى. وما ذكره عن الشيخ أبي الحسن هو في شرح قوله في المدونة: ومن أقام بينة في دار أنها لأبيه وقد ترك أبوه ورثة سواه. الشيخ: نزلت مسألة وهي أن رجلاً اشترى شيئاً ولم يقم على الشراء إلا شاهداً واحداً وتصدق بذلك الشيء ثم قام البائع عليه، فإن اليمين هنا على المتصدق عليه لأن المشتري يقول لا أحلف وينتفع غيري، وهذا يظهر من مسألة الغرماء انتهى. وانظر لو كان المشتري باعه ثم قام البائع على المشتري الثاني، فهل اليمين عليه أو على المشتري الأول؟ وقد نزلت هذه المسألة فانظر ذلك والله أعلم. ص: **(أو رضي مرتهنه)** ش: يريد وقبضه فأحرى إن لم يقبضه والله أعلم. ص: **(وإلا قضي عليه بفكه إن كان الدين يعجل)** ش: أي وإن لم يرض المرتهن بإمضاء الهبة بعد قبض الرهن قضى عليه بفكه إلى آخره، وظاهره سواء كان الواهب يجهل أن الهبة لا تتم إلا بتعجيل الدين أم لا. وقال في التوضيح: نص اللخمي وابن شاس على أنه إذا كان ممن يجهل ذلك يحلف على ذلك ولا يجبر على تعجيل الدين اتفاقاً انتهى. ص: **(بصيغة أو مفهمها)** ش: قال في الذخيرة: الركن الرابع السبب الناقل. وفي الجواهر: هو صيغة

في الرهن مع إعلام المديان بالهبة **(ورهناً لم يقبض وأيسر راهنه أو رضي مرتهنه وإلا قضي عليه بفكه إن كان الدين يعجل وإلا بقي لبعد الأجل)** من المدونة: من رهن عبده ثم وهبه جازت الهبة ويقضي على الواهب بافتكاكه إن كان له مال، وإن لم يقم الموهوب له حتى افتكه الواهب فله أخذه ما لم يمت الواهب فتبطل الهبة وليس قبض المرتهن قبضاً للموهوب له إن مات الواهب لأن للمرتهن حقاً في رقبة العبد. قال أشهب: إلا أن يقبضه الموهوب قبل أن يحوزه المرتهن فهو أحق إن كان ملياً، ويعجل له حقه إلا في هبة الثواب فتنفذ الهبة على كل حال ويعجل للمرتهن حقه من الثواب كالبيع، وإن كانت الهبة لغير ثواب فقبضها الموهوب قبل حوز المرتهن والواهب مليء ثم أعدم فليتبع بالدين وتمضي الهبة. اهـ. نقل ابن يونس: وزاد اللخمي عن محمد: وإن وهبه ثم قاما قبل أن يحوزه واحد منهما، فإن كان موسراً جازت الهبة وكان أحق به من المرتهن وحكم للمرتهن بتعجيل حقه، فإن أعسر بعد ذلك اتبعه بحقه بمنزلة من وهب ثم وهب فحازه الثاني أنه أحق من الأول. وقال ابن القاسم في هذا الأصل الأول أحق ولا سيما إن كان الرهن شرطاً في أصل العقد. قال بعض شيوخ عبد الحق: قول المدونة «يقضى على الراهن بافتكاك الرهن» يريد إن كان الدين من قرض ونحوه، فإن

وَإِنْ بِفِعْلٍ: كَتَحْلِيَةِ وَلَدِهِ

الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل انتهى. وفي جعله الركن سبباً تأمل. ثم قال في الذخيرة.

تنبيه: مذهب الشافعي القبول فوراً على الفور، وظاهر مذهبنا يجوز على التراخي لما يأتي بعد من إرسال الهبة للموهوب قبل القبول، والشافعي يقول: لا بد من توكيل الرسول في أن يهب عنه، ولم يشترط ذلك مالك، وقد وقع لأصحابنا أن للموهوب له التروي في القبول انتهى. وانظر التوضيح في شرح مسألة هبة الوديعة للمودع والله أعلم.

تنبيه: تقدم في باب الحجر ويأتي في الوصايا أن الرقيق لا يحتاج إلى إذن سيده في القبول في الهبة والصدقة والوصية وأن المصنف قال: لو قيل بمنعه من القبول للمنة التي ترتبت على السيد بسبب ذلك ما بعد. وانظر على هذا إذا وهب للصغير أو تصدق به عليه أو أوصى له، هل لوليه رد ذلك أم لا؟ لم أقف على نص في ذلك. والظاهر أن للأب والوصي النظر في ذلك لأن المال قد يكون حراماً وقد يكون فيه منة على الوالد أو ولده ولا يجب ذلك، ولا كلام أن له الرد إذا كان يطلب عوضاً عن ذلك من مال الولد. ثم رأيت في كتاب الأيمان من ابن يونس في شرح قوله: وإن حلف أن لا يأكل لرجل طعاماً فدخل ابن الحالف على المحلوف عليه فأعطاه خبزاً فخرج الصبي بالخبز لأبيه فأكل منه الأب ولم يعلم حنث. قال سحنون: أما أنا فتبين عندي لا حنث، لأن الابن قد ملك الطعام من الأب. قال أبو إسحاق: لم يجعل ملك ابنه تقرراً على ما أعطاه فيصير الأب قد أكل مال ابنه لا مال المحلوف عليه، ولعله أراد أن ذلك يسير للأب رده، فلما كان له رده لم يتقرر للابن عليه ملك إلا برضا الأب فلهذا حنث الأب. وإما لو وهبه هبة كثيرة لها بال لا يقدر الأب على ردها فأكل منها الأب لا نبغى أن لا

كان الدين عرضاً من بيع لم يجبر المرتهن على قبضه ولا أخذ رهن غيره يعني ويبقى تحويز الهبة لبعد الأجل. وانظر في الوديعة من الذخيرة هبة الوديعة من غير علم الموهوب له (**بصيغة أو مفهمها وإن بفعل**) ابن شاس: الركن الأول السبب الناقل للملك وهي صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل، ويتصل بالصيغة حكم العمرى والرقبى. وقال ابن عرفة: الصيغة ما دل على التمليك ولو جعلاً كالمعاطاة. انظر هنا ذكر ابن عرفة هل يتناول الشجر الموهوب مأبورها وشربها إن كان لها شرب. (**كتحلية ولده**) سمع ابن القاسم: من مات بعد أن حلى ابنه الصغير حلياً فهو له لا ميراث. ابن رشد: لأنه يجوز لابنه الصغير ما حلاه به مثل ما كساه من ثوب إلا أن يشهد الأب أنه على وجه الإمتاع. وعن ابن رشد أيضاً: وكذلك فيما يكسب للبكر من الشورة في بيت أبيها تصنعه بيدها أو يد أمها أو يشتري ذلك لها أبوها ثم يموت فيريد الورثة الدخول مع الابنة أنه لا دخول لهم، وحوز ذلك أن يكون بيد الابنة أو بيد الأم لأنها لو ذهبت

لاَ بِابْنٍ مَعَ قَوْلِهِ دَارَهُ وَحِيزَ. وَإِنْ بِلاَ إِذْنٍ، وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ،

يحنث لأنه مال لا يقدر الأب على رده على الواهب. وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا: إن كان الأب موسراً حتى يكون له رد ما وهب لابنه من طعام ولا ينتفع به إلا بأكله في الوقت كالكسرة والتمرة وشبه هذا مما يناوله الإنسان لمن يدخل لأن الأب يقرل نفقة ابني علي فليس لأحد أن يحمل عني منها شيئاً بغير إذني، فهذا إذا أكل مما أعطاه الصبي حنث ويعد ذلك قبولاً منه الخبز المحلوف عليه. وإن كان الأب معدماً حتى لا يلزمه نفقة ولده وكان عيش الابن من عند غير الأب من الصدقات ونحوها فأعطاه ذلك الرجل هذا فأكل منه الأب لم يحنث. قال: وهذا معنى قول مالك والله أعلم. قال: وعبده وابنه في هذا سواء، لأن له رد ما وهب لعبده قل أو كثر إلا أن يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له من مال انتهى. وما ذكره عن بعض أصحابنا ذكره في النكت عن بعض القرويين ونقل ذلك في الذخيرة. وقال القرافي في الفرق الخامس والثلاثين: الأسباب الفعلية تصح من المحجور دون القولية، فلو صاد ملك الصيد أو احتش ملك الحشيش بخلاف ما لو اشترى أو قبل الهبة أو الصدقة أو قارض أو غير ذلك من الأسباب القولية لا يترتب له عليها ملك انتهى. ولم يذكر المصنف الركن الرابع وهو الموهوب له وشرطه قبول الملك والله أعلم. ص: **(وحيز وإن بلا إذن وأجبر وليه عليه)** ش: والحائز هو الموهوب له إن كان رشيداً، فإن كان سفيهاً فوليه. وفي صحة حوز السفيه قولان ذكرهما ابن عرفة في كتاب الهبة. وكلام المصنف في التوضيح والمختصر في كتاب الوقف يقتضي ترجيح القول بصحة حوزه، وتقدم الكلام عليه عند قوله في باب الوقف «ولو سفيهاً». وقوله «وأجبر عليه» أي على أن يحوزه، وهذا على المشهور من أن الهبة تلزم بالقول، قال ابن عرفة: والمعروف لزوم العطية بعقدها. ابن زرقون: قال المازري: للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة وفي قولة شاذة عندنا، وحكاها الطحاوي عن مالك، وحكاها ابن خويز منداد عن مالك.

كل ما عملته أو حملته لها أمها أو كسبه لها أبوها وكلف أن يشهد لها به لم يستطع على ذلك لأنه مما يستفاد الشيء بعد الشيء على أنواع **(لا بابن مع قوله داره)** ابن مزين: من قال لابنه اعمل في هذا المكان كرماً وجناناً أو ابن فيه داراً ففعل الولد في حياة أبيه والأب يقول كرم ابني وجنان ابني، أن القاعة لا تستحق بذلك وهو موروث، وليس للابن إلا قيمة عمله منقوضاً. قال: وأما قول الرجل في شيء يعرف له هذا كرم ولدي أو دابة ولدي، فليس بشيء ولا يستحق الابن منه صغيراً كان أو كبيراً إلا بالإشهاد بصدقة أو عطية أو بيع، وكذلك المرأة. وقد يكون مثل هذا كثيراً في الناس وليس بشيء في الولد ولا في الزوج **(وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه)** ابن عرفة: المذهب لغو التحويز في الحوز. من المدونة: من وهب هبة لغير ثواب فقبضها الموهوب بغير أمر الواهب جاز قبضه إذ يقضى

قلت: تقدم في الحبس نقل ابن رشد الاتفاق وهي لمعين دون يمين ولا تعليق يقضي بها. ابن رشد: اتفاقاً. قال: وعلى غير معين كذلك فيها لا يقضي بها. ابن رشد: في القضاء بها قولان على اختلاف في الرواية فيها وعلى معين في يمين أو تعليق فيها لا يقضي بها. ابن رشد: هذا هو المشهور. ولمحمد بن دينار: من تسرى على امرأته وقد شرط لها أنه إن تسرى عليها فالسرية لها صدقة تامة وإن أعتقها بطل عتقه وكانت لها وهو خلاف المشهور. وقول ابن نافع من شرط لمبتاع سلعة إن خاصمه فهي صدقة عليه فخاصمه لزمته الصدقة إن حمل اللزوم على القضاء بها فهو مثله. ابن زرقون: لابن نافع: من قال إن تزوجت عليك فأمتي صدقة عليك قضى عليه بذلك. وقاله ابن دينار.

قلت: هذا خلاف عزو ابن رشد مسألة الأمة لابن دينار ومسألة السلعة لابن نافع وجزمه به خلاف جعله ابن رشد محتملاً. وفي القضاء بالمعلق باليمين لغير معين نقل ابن زرقون عن أصبغ والمعروف وفي إيجاب دعوى هبة معين يمين الواهب قولا الجلاب ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قائلاً: دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقاً.

قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين انتهى. وقال في الذخيرة في آخر كتاب الهبة: قال صاحب المنتقى: الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين لمعين أم لا لا يقضي بها اتفاقاً، لأنه لم يقصد البر بل اللجاج ودفع المحلوف عليه وعلى غير اليمين يقضي بها. قاله ابن القاسم. وقال أشهب: إلا أن يكون على معين فإن الحق له حتى يطلبه انتهى. وانظر الكلام في ذلك في باب النذر. وأفتى ابن رشد في نوازله في سؤال سأله القاضي عياض عنه ونص السؤال والجواب. رجل أخرج مالاً بصدقة فعزل منه شيئاً سماه بلسانه وميزه لمسكين بعينه، ثم بعد ذلك بدا له فصرفه لمسكين آخر، فهل يباح له ذلك أم لا يباح له ذلك لتمييزه إياه لمسكين بقوله بخلاف مسألة من أخرج لمسكين كسرة فلم يجده لأن ذلك لم يعطها للمسكين بقول ولا فعل، وفي مسألتنا هذه أعطاها بالقول ووجب طلبها للمسكين وتميزت له عنده فلا يجوز له صرفها إلى غيره؟ وهل صار قوله «هذا لفلان» وقد أخرج المال مخرج الصدقة كقوله «تصدقت بهذا على فلان»؟ وهي يستوي في هذا ما أخرج الإنسان على هذا الوجه من ماله وما ميزه لمعين مما يجري من صدقة غيره على يديه إذ ظهر لي بين الوجهين فرق كما ظهر لي بين المسألتين الأوليين للعلة التي ذكرت من معنى الصدقة والعطية وهي مخصوصة بما يملك؟ الجواب: تصفحت السؤال؛ فإن كان هذا الرجل الذي عزل من المال الذي أخرجه للصدقة شيئاً سماه لمسكين بعينه سماه له ونوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية، فيكره له أن يصرفه إلى غيره. وإن كان بتله له بقول أو نية فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره وهو ضامن له إن فعل، وكذلك ما جعل إليه تنفيذه مما أخرجه غيره للصدقة سواء، ومثله في المعنى الذي يأمر

....

للسائل بشيء أو يخرج به إليه فلا يجده، يكره له أن يصرفه إلى ماله ولا يحرم ذلك عليه إن كان إنما نوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية وبالله التوفيق. انتهى من الأجوبة من باب الصدقات، وهو الذي ذكره فيما إذا بتله له بالنية يأتي على أحد المشهورين في لزوم الطلاق بالكلام النفسي. والفرق بين التبتيل بالنية ونية الإعطاء أنه لو عبر عن الأول عبر عنه بقوله «أعطيته لفلان» ولو عبر عن الثاني عبر عنه بقوله «أعطي أو نيتي أعطي» ونحوه في آخر مسائل الهبة والله أعلم. قال في المسائل الملقوطة.

فرع: قال في الذخيرة في باب الهبة والصدقة: قال ابن يونس: قال مالك: إذا خرجت للسائل بالكسرة أو بالدرهم فلم تجده، أرى أن يعطى لغيره تكميلاً للمعروف. وإن وجدته ولم يقبل فهو أولى من الأول لتأكد العزم بالدفع. واختلف هل له أكلها أم لا؟ فقيل يجوز له أكلها، وقيل لا، وقيل إن كان معيناً أكلها وإن كان غير معين لم يأكلها انتهى. وقال فيها أيضاً.

فرع: قال مالك: ولا بأس بشراء كسر السائل لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة: هو لها صدقة ولنا هدية انتهى.

فرع: قال في رسم الوصايا والحج من سماع أشهب من كتاب العارية: إذا قال له بع ولا نقصان عليك يلزمه لأن معنى قوله «بع والنقصان عليَّ» فهو أمر قد أوجبه على نفسه، والمعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يحكم به عليه ما لم يمت أو يفلس، وسواء قال له ذلك بعد أن انتقد أو قبل أن ينتقد انتهى.

فرع: تقدم في باب الرهن عند قول المصنف «وهل تكفي نية على الحوز» إنه قال في كتاب الهبة من المدونة: ولا يقضي بالحيازة إلا بمعاينة بينة لحوزه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة. ولو أقر المعطى في صحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهد عليه بإقراره بينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز اهـ..

فرع: إذا قال لولده أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتي فلانة، ففعل الولد ثم مات أبوه قبل والقرية بيده قبل أن يبلغ الولد الحوز، فقال ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب الصدقات: لا تكون له القرية إلا أن يعرف تحقيق ذلك بإشهاد الأب على ذلك. ابن رشد: لأن قوله «لك قريتي» ليس بنص في تمليكه إياها بل الظاهر منه ذلك لاحتمال أن يريد تسكنها أو ترتفق بها. قال ابن القاسم: ويكون أراد التحريض ولم يجعل ما أوجب له القرية به من إصلاحه نفسه وتعلمه عوضاً لها فتمضي دون حيازة في ذلك اختلاف؛ فحكى ابن حبيب عن مطرف أنه قال: من أعطى امرأته النصرانية داراً ساكناً بها على أن تسلم فأسلمت فلا أراها من العطية لأنه ثمن إسلامها والإشهاد يجزئها عن الحيازة وإن

وَبَطَلَتْ إِنْ تَأَخَّرَ لِدَيْنٍ مُحِيطٍ، أَوْ وَهَبَ لِثَانٍ. وَجَازَ أَوْ أَعْتَقَ الْوَاهِبُ أَوِ اسْتَوْلَدَ، وَلاَ قِيمَةَ أَوِ اسْتَصْحَبَ هَدِيَّةً، أَوْ أَرْسَلَهَا ثُمَّ مَاتَ، أَوْ الْمُعَيَّنَةُ لَهُ، إِنْ لَمْ يُشْهِدْ:

مات بها وبه أقول. وقال أصبغ: لا أراها إلا عطية. وفي المدونة لابن أبي حازم وابن القاسم من رواية عيسى مثل قول مطرف واختيار ابن حبيب. قال ابن أبي حازم في رجل قال لابنه إن تزوجت فلك جاريتي: هي له إذا تزوج وإن مات الأب أخذها من رأس المال، وإن كان دين حاص بها الغرماء. وقال ابن القاسم: هي له دون الغرماء إن فلس، وإن مات أخذها من رأس المال ولم يكن لأهل الدين فيها شيء، ولو قال بدل الجارية مائة دينار كانت أسوة الغرماء في الفلس والموت لأنه ليس شيئاً بعينه. ابن رشد: وقول ابن القاسم هو الصحيح لا قول ابن أبي حازم، ومعناه إذا وجبت له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب. انتهى باختصار. ص: **(وبطلت إن تأخر لدين محيط)** ش: يعني أن الهبة تبطل إذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب، وظاهره ولو كان الدين حادثاً بعد الهبة وهو أحد القولين وعليه اقتصر ابن الحاجب. ص: **(أو أرسلها)** ش: تصوره ظاهر.

تنبيه: من بعث مالاً يشتري به ثوباً لزوجته فإن لم يبتله لها بالبينة أو يشهد لها فهي عدة له أن يرجع فيها. قاله ابن رشد في آخر سماع أصبغ من كتاب الزكاة الأول.

بذلك على الواهب إن منعه إياها **(وبطلت إن تأخر لدين محيط)** ابن عرفة: إحاطة الدين بماله قبل العطية تبطلها اتفاقاً، وفي كون إحاطته بعدها قبل حوزها كذلك قولان. قال ابن يونس: قال مطرف وابن الماجشون: إذا أدان المعطي ما أحاط بماله أو بالصدقة فالدين أولى والعطية باطلة، والصدقة بيوم تقبض لا بيوم يتصدق بها خلافاً لأصبغ **(أو وهب لثان وحاز أو أعتق الواهب أو استولد)** ابن عرفة: لو أعطى ما وهب قبل حوز الموهوب له وحازه الثاني ففي رده للأول أو مضيه للثاني، ثالثها إن فرط في الحوز لابن القاسم والغير مع محمد وأصبغ. ومن المدونة: من وهب عبداً أو تصدق به على رجل أو أخدمه إياه حياته ثم أعتقه المعطى قبل حوز المعطي، جاز العتق وبطل ما سواه علم المعطي بالهبة أو بالصدقة أو لم يعلم. محمد: وكذلك لو كانت أمة فأحبلها قبل الحيازة وكذلك في العتبية **(ولا قيمة)** ابن عرفة: لو أعتق الأمة أو أولدها معطيها قبل حوزها المعطي فقال ابن القاسم: يمضي فعله. وقال ابن وهب: يرد عتقه ويغرم القيمة في الإيلاد **(أو استصحب هدية أو أرسلها ثم مات أو المعينة له إن لم يشهد)** روى ابن القاسم: ما اشترى من هدايا الحج لأهله لا ينفع الشهادة حتى يشهدوا أنه أشهدهم. قال: لو قالوا سمعناه يقول هذا لامرأتي وهذا لابني لم ينفعه حتى يقولوا أشهدنا على ذلك. ومن المدونة: من بعث بهدية أو صلة لرجل غائب ثم مات المعطي أو المعطى قبل وصولها، فإن كان المعطي أشهد على ذلك حين بعث بها فهي للمعطي أو لورثته، وإن لم يشهد عليها حين بعثها فأيهما مات قبل أن تصل فهي ترجع إلى الباعث أو إلى ورثته، وفي كتاب ابن المواز: من مات منهما أولاً رجع ذلك إلى ورثة الميت. ابن يونس: هذا أبين لأن الصدقة إنما تبطل بموت المتصدق لا بموت المتصدق عليه،

كَأَنْ دَفَعْتَ لِمَنْ يَتَصَدَّقُ عَنْكَ بِمَالٍ وَلَمْ تُشْهِدْ، لاَ إِنْ بَاعَ وَاهِبٌ قَبلَ عِلْمِ الْمَوْهوبِ؛ وَإِلاَّ فَالثَّمَنُ لِلْمُعْطِي «رُوِيَتْ بِفَتْحِ الطَّاءِ وَكَسْرِهَا» أَوْ جُنَّ، أَوْ مَرِضَ، وَٱتَّصَلاَ بِمَوْتِهِ،

مسألة: من تصدق على رجل بمائة دينار وكتب له كتاباً لوكيله ليدفعها إليه فقدم على الوكيل بالكتاب ودفع إليه منها خمسين، وقال اذهب سأدفع إليك الخمسين الباقية اليوم أو غداً، فمات المتصدق قبل أن يقبض المتصدق عليه الخمسين الباقية من الوكيل قال: لا شيء له منها إذا لم يقبضها حتى مات المتصدق، وليس له أكثر من الخمسين الذي قبض لأن التوكيل بمنزلته. ابن رشد: هذا بين لأن يد الوكيل كيد موكله. ص: **(أو باع واهب قبل علم الموهوب)** ش: صوابه كما قال ابن غازي لا إن باع واهب حتى يوافق ما في المدونة والله أعلم. وحكم الصدقة كالهبة فإذا باع المتصدق ما تصدق به قبل علم المتصدق عليه لم تبطل الصدقة، ويخير المتصدق عليه في نقض البيع وإجازته لأنه بيع فضولي كما أن للموهوب له إذا باع الواهب ما وهبه قبل علم الموهوب له لم تبطل الهبة ويخير الموهوب له في رده وإجازته.

وقد قال مالك في المدونة في باب آخر: إن كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض هبته فورثته مكانه يقبضون هبته، وليس للواهب أن يمنع من ذلك محمد قال مالك: ولو أشهد الباعث أنها هدية لفلان ثم طلب استرجاعها من الرسول قبل أن يخرج فليس ذلك له **(كأن دفعت لمن يتصدق عنك بمال ولم تشهد)** من المدونة قال مالك: من دفع في صحته مالاً لمن يفرقه في الفقراء أو في سبيل الله ثم مات المعطي قبل إنفاذه، فإن كان أشهد حين دفعه إلى من يفرقه نفذ ما فات منه وما بقي وهو من رأس المال، قال ابن القاسم: وإن لم يشهد حين دفعه إلى المأمور فليرد ما بقي منه إلى ورثة المعطي ولا ينفعه ما أمره به، وإن فرق ما بقي بعد موت المعطي ضمن البقية للورثة **(لا إن باع واهب قبل علم الموهوب وإلا فالثمن للمعطي)** من المدونة قال ابن القاسم: من تصدق على رجل بدار فلم يقبضها المعطى حتى مات أو باعها المعطي، فإن علم المعطى بالصدقة فلم يقبضها حتى بيعت تم البيع وكان الثمن للمعطى، فإن علم أو لم يعلم ولم يفرط حتى غافصه بالبيع فله نقض البيع في حياة الواهب وأخذها. فأما إن مات المعطي قبل أن يقبضها المعطى فلا شيء له بيعت أو لم تبع. وقال أشهب: إن خرجت عن ملك المعطي بوجه ما فليس للمعطي شيء. قال محمد: البيع أولى ولا شيء للمتصدق عليه من الثمن، وأهل العراق يقولون للواهب الرجوع ما لم يحز عنه. انتهى. نقل ابن يونس. وعزا ابن شاس للمدونة أن الثمن للموهوب له. وقال في الرهون: قال ابن القاسم: إن لم يعلم الموهوب نقض البيع، وإن علم مضى البيع وعوض الموهوب بالثمن. وقال أشهب: بطلت الهبة كبطلان الرهن إذا بيع قبل الحوز والثمن للواهب **(أو جن أو مرض)** ابن عرفة: شرط الحوز كونه في صحة المعطي وعقله. ومن المدونة: كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك فهو باطل إلا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ويقضى بالقبض للمعطى إن منعه. وانظر حوزها في مرضه انظر بعد هذا. **(واتصلا بموته)**

أَوْ وَهَبَ لِمُودَعٍ، وَلَمْ يَقْبَلْ لِمَوْتِهِ؛ وَصَحَّ؛ إِنْ قَبَضَ لِيَتَرَوَّى، أَوْ جَدَّ فِيهِ، أَوْ تَزْكِيَةِ شَاهِدِهِ أَوْ أَعْتَقَ، أَوْ بَاعَ، أَوْ وَهَبَ إِذَا أَشْهَدَ وَأَعْلَنَ، أَوْ لَمْ يُعْلَمْ بِهَا، إِلاَّ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَحَوْزُ مُخْدَمٍ وَمُسْتَعِيرٍ مُطْلَقاً،

وأما إن باع الواهب أو المتصدق بعد علم الموهوب له أو المتصدق عليه فالبيع ماض والثمن للمعطى ـ رويت بفتح الطاء وكسرها ـ وإلى ذلك أشار المصنف بقوله «وإلا فالثمن للمعطى»

هذا نص ابن شاس: وسمع عيسى ابن القاسم: من تصدقت بعبد أو غيره في صحتها فذهب عقلها قبل حوزه فحوزه باطل كموتها. ابن رشد: هو كالمرض ورجوع عقلها كصحتها **(أو وهب لمودع ولم يقبل لموته)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا وهبك وديعة له في يدك فلم تقبل حتى مات الواهب فذلك لورثته **(وصح إن قبض ليتروى)** الباجي: لو وهب المستودع ما بيده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب فقال ابن القاسم: القياس أن تبطل. وقال أشهب: بل هي حيازة جائزة إلا أن يقول لا أقبل. قال محمد: وهو أحب إليّ وذلك أن العطية بيد المعطى له فتأخر القبول لا يمنع صحتها قال: وذلك بمنزلة من وهبته هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فمات المعطي فهي ماضية إن رضيها وله ردها **(أو وجد فيه أو في تزكية شاهده)** من المدونة: من وهب هبة لغير ثواب فامتنع من دفعها قضى بها عليه للموهوب. ولو خاصمه فيها الموهوب في صحة الواهب ورفعت الهبة إلى السلطان ينظر فيها فمات الواهب قبل قبض الموهوب، فإنه يقضي بها للموهوب إن عدلت بينته، ولو لم يقم الموهوب فيها حتى مرض الواهب فلا شيء له إلا أن يصح. ابن شاس: إذا كان الطالب جاداً في الطلب غير تارك كما إذا وقعت الهبة بشاهد واحد أو بشاهدين حتى يزكي فمات الواهب فقال ابن القاسم ومطرف وأصبغ: هو حوز وقد صحت الهبة انتهى. وانظر من هذا المعنى في نوازل إذا وهبه ومنعه من التحويز خوف **(أو أعتق أو باع أو وهب إذا أشهد وأعلن)** ابن شاس: لو باعها الموهوب له فلم يقبضها المشتري حتى مات الواهب، فروى ابن وهب أن البيع حيازة، وقاله مطرف وابن الماجشون. وقال أصبغ: ليس البيع حيازة ولا غير ذلك إلا العتق وحده. ابن رشد: وفي المدونة دليل على القولين. ابن شاس: ولو وهبها الموهوب له ثم مات الواهب، فروى ابن حبيب عن مالك ومطرف أن الهبة حوز. وقال ابن القاسم وابن الماجشون: الهبة لا تكون حوزاً لأنها محتاجة إلى حيازة. المتيطي: ويصح حوز الحبس بعقد كرائه أو مزارعته إن كان بياضاً أو فيه سواد تبع له، وإن تبع بياضه سواده فبمساقاة ويغني عن حوزه بالوقوف على معاينة نزول المحبس عليه فيها. هذا هو المشهور المعمول به. وقال ابن العطار وغيره: والكراء في الأرض لعامين وزيادة أقوى **(ولم يعلم بها إلا بعد موته)** انظر أنت ما معنى هذا. وإذا مات الموهوب له قبل القبض قال بين أن يكون علم بالهبة أو لا فرق. ومن المدونة قال ابن القاسم: إن وهبت لحر أو عبد فلم يقبض ذلك حتى مات الموهوب له، فلوارثه الحر وسيد العبد قبضها، وليس لك أن تمنع من ذلك. قال ابن القاسم: فإن مات المعطي قبل الحوز بطلت الهبة، وكذلك إن حازها وهو مريض. وقال أشهب: يصح له ثلثها **(وحوز مخدم ومستعير مطلقاً ومودع إن علم)** من المدونة: من أخدم عبده رجلاً سنين ثم قال بعد ذلك هو هبة لفلان بعد الخدمة فقبض المخدم، قبض الموهوب له وهو من رأس المال إن مات الواهب قبل ذلك لأن المخدم لم يجب له في

وَمُودَعٍ، إِنْ عَلِمَ، لاَ غَاصِبٍ وَمُرْتَهِنٍ، وَمُسْتَأْجِرٍ، إِلاَّ أَنْ يَهَبَ الإِجَارَةَ، وَلاَ إِنْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ بَعْدَهُ بِقُرْبٍ، بِأَنْ آجَرَهَا، أَوْ أَرْفَقَ بِهَا؛

ـ رويت بفتح الطاء وكسرها ـ والمسألة مفروضة في المدونة في الصدقة، وفرضها ابن الحاجب في الهبة فدل على أنه لا فرق بينهما.

تنبيه: إذا علم الموهوب له بالهبة ولم يفرط حتى عاجله الواهب بالبيع فله رده. نقله في التوضيح عن ابن يونس. **ص: (ولا إن رجعت إليه بعده الخ) ش:** يعني أن الرقبة الموهوبة إذا رجعت إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له وكان رجوعها إلى الواهب عن قرب، ورجوعها إلى الواهب بأن يكون أجرها من الموهوب له أي استأجرها منه، أو بأن يكون الواهب أرفق بها أي أرفق الموهوب الواهب بالرقبة الموهوبة يريد أو أعمره إياها، فإن ذلك كله يبطل الهبة. قال في التوضيح: باتفاق لما دلت عليه القرينة أن ذلك تحميل إسقاط الحيازة، وهكذا صرح الباجي

رقبة العبد حق بخلاف العبد المرهون. قال ابن القاسم: ومن آجر عبده أو دابته من رجل ثم وهبها لآخر فليس حوز المستأجر حوزاً للموهوب له إلا أن يسلم إليه إجارة ذلك معه ليتم الحوز وإلا العبد المخدم أو المعار إلى أجل فقبض المستعار والمخدم قبض للموهوب له وهو من رأس المال إن مات قبل ذلك إذ ليس للمخدم والمعار في رقبة العبد حق، ولا يكون قبض المخدم والمعار قبضاً للموهوب له حتى يعلم ويرضى أن يكون حائزاً للموهوب له كما قال إذا رهن فضلة الرهن لا يكون المرتهن حائزاً حتى يعلم ويرضى بذلك. وعزا ابن عرفة للمدونة صحة حوز المخدم للموهوب له الرقبة مطلقاً لا بشرط كون الإخدام والهبة في عقد واحد. قال سحنون فيمن أعطى غلة كرمه أو سكنى داره لرجل حياته ثم تصدق بذلك على ابنه الصغير: فذلك جائز وحوز للابن وأنه لحسن إن أشهد أنه جعل المكرى لابنه قابضاً، وإن لم يشهد فذلك للابن حوز. وأما صحة حوز المودع إن علم فقال ابن المواز: لو وهب الوديعة ربها لغير المستودع وجمع بينهما وأشهد كانت حيازة. وقال ابن القاسم في العتبية: إن رب الوديعة إذا أشهد ببينة أنه تصدق بها على رجل ولم يأمر بقبضها حتى مات المتصدق قبل قبض المتصدق عليه، فإن علم الذي هي عنده فتلك حيازة تامة، وإن لم يعلم فذلك باطل لأنه إذا علم صار حائزاً للمعطى ثم ليس للمعطي أخذها، ولو دفعها المودع إلى المعطى قبل علمه ضمنها **(لا غاصب)** من المدونة قال ابن القاسم: من اغتصبه رجل عبداً فوهبه سيده لرجل آخر والعبد بيد الغاصب جازت الهبة إن قبضها الموهوب قبل موت الواهب، وليس قبض الغاصب قبضاً للموهوب له **(ومرتهن)** تقدم قبل هذا عند قوله «ورهناً لم يقبض إن قبض المرتهن ليس قبضاً للموهوب له» **(ومستأجر إلا أن يهب الإجارة)** تقدم نص المدونة إلا أن يسلم إليه الإجارة فيتم الحوز **(ولا إن رجعت إليه بعده إلا لحوز بقرب كان آجرها أو أرفق بها)** ابن المواز: إذا مات المعطي فلا يضر ذلك ولورثته القيام بطلبها، ولو مات المعطي قبل الحيازة فالعطية تبطل إلا فيما أعطى لصغار بنيه أو من يلي عليه ما لم يكن ذلك عيناً. وهذا في الأب والوصي فقط، ولا يجوز ذلك في أم ولا جد ولا أخ أو غيره إلا أن يكون وصياً وشيء آخر عند ربه مثل الرجل يتصدق بالثوب ونحوه في سفره، ومثل الحاج يشتريه لأهله فيشهد

بِخِلَافِ سَنَةٍ،

وغيره بالاتفاق انتهى. وقوله «بخلاف سنة» يعني أن رجوع الرقبة الموهوبة إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له سنة لا تبطل الهبة لأن السنة طول وقيل الطول سنتان. قاله في التوضيح. وما مشى عليه المؤلف من أنها إذا عادت إليه بعد الطول الذي جعله سنة لا يبطل الهبة هو أحد القولين ذكرهما ابن الحاجب من غير ترجيح، لكن قال في التوضيح عن ابن عبد السلام: إن أقرب القولين أن ذلك لا يضر. قال: وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه انتهى.

تنبيهات: الأول: قال ابن سهل في كتاب الصدقات والهبات: سأل ابن دحون القاضي ابن زرب عمن وهبت له دار ثم أعمرها الواهب بعد أشهر يسيرة لا يكون مثلها حيازة، ثم علم أن ذلك مما يبطل هبته فأراد إبطال العمرى وقبض الدار فأطرق القاضي فيها حيناً ثم قال: إن كان الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العمرى إبطال الهبة فقد لزمه ما صنع وبطلت هبته، وإن كان ممن يرى أنه لا يعلم أن العمرى إبطال للهبة في ذلك انفسخت العمرى ورجع الموهوب له إلى الدار وقبضها من الواهب انتهى.

على ذلك ثم يموت في سفره فيجوز من رأس المال، ولا ينفع أن يذكر ذلك حتى يشهد عليه إشهاد شيء آخر وهو ما كان من الحبس مما لا غلة له مثل السلاح والمصحف. وإذا أخرج مدة فيما جعله فيه ثم رجع إلى يده فهو نافذ، وإن مات وهو في يده فهو من رأس ماله وشيء آخر الذي تحاز عنه الدار التي يتصدق بها على قوم فيجوزها مثل السنة فأكثر ثم يكتريها المتصدق بها منهم فيسكنها فيموت فيها فهي نافذة من رأس ماله. وأما على من لم يولد بعد فلا، ولا على أصاغر ولده. وإن حاز ذلك هو أو غيره حتى يكبر الأصاغر ويحوزوا مثل السنة فأكثر ثم يكتريها منهم ثم يموت فيها فيجوز وإن كنا نكره له ذلك من باب الرجوع في الصدقة. وهذا كله قول مالك وأصحابه لا يختلفون فيه. قال: وإذا حاز المعطي الدار وسكن ثم استضافه المعطي فأضافه أو مرض عنده حتى مات أو اختفى عنده حتى مات فلا يضر ذلك العطية. ابن حبيب: ذهب ابن القاسم وأصبغ إلى أنه إذا حازها المعطي سنة ثم سكنها المعطى بكراء أو منحة أو بأي وجه فإن ذلك لا يبطلها وهي نافذة انتهى. انظر قوله في المتصدق على صغار ولده أنه إن عاد إليها بعد سنة بطلت الصدقة حتى يكبروا ويحوزوا مثل السنة، وقد تقدم من هذا عند قوله «أو عاد لسكنى مسكنه بعد عام». وأذكر لسيدي ابن سراج رحمه الله تعالى أنه كان يقول عند المذاكرة في هذا الموضع: هذه من المسائل التي تصعب علي كثيراً يعظم علي مخالفة الرواية ويعظم علي مخالفة ما جرى به العمل. (**بخلاف سنة**) تقدم أن هذا بالنسبة إلى ما له غلة وعلى غير صغار ولده على الخلاف المذكور. ومن المتيطي: إذا تصدق على من في حجره بدار سكناه فلا بد أن تعاينها البينة خالية ويكريها الأب لابنه من غيره، فإذا مضت سنة فلا بأس بعودة الأب إلى سكناها ويكريها من نفسه ويشهد على ذلك. كذا في العتبية إن حد ذلك السنة وما أشبهها، ثم ذكر الخلاف في هذا. فظاهره أنه ما بنى إلا على ما تقدم. وعلى هذا عول شيخ الشيوخ

أَوْ رَجَعَ، مُخْتَفِياً أَوْ ضَيْفاً فَمَاتَ، وَهِبَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ للآخَرِ، مَتَاعاً؛ وَهِبَةُ زَوْجَةٍ دَارَ سُكْنَاهَا لِزَوْجِهَا؛ لاَ الْعَكْسُ،

الثاني: ما ذكره المؤلف محله ما إذا كان الموهوب له يحوز لنفسه، يدل على ذلك قول المؤلف «آجرها أو أرفق بها». قال في التوضيح: وأما إن كان صغيراً فحاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهل باطلة. محمد: لا يختلف في ذلك مالك وأصحابه. والفرق بين الصغير والكبير أن الكبير يتصور منه منع الأب من الرجوع في الهبة فلا يعد رجوعه رجوعاً في الهبة، والصغير لا يقدر على ذلك فيعد رجوعه رجوعاً في الهبة انتهى.

الثالث: ما تقدم من الاتفاق على بطلانها إذا رجع إليها الواهب. قال في التوضيح: فذلك إذا سكنها الأب وحده، وأما إن سكن فيها مع الولد فظاهر قول مالك أيضاً البطلان. وحكى أبو محمد في كتاب الاختلاف عن ابن حبيب أنها لا تبطل لأنه إنما سكن بحضانته لهم انتهى.

الرابع: قوله «أو أرفق بها» هو ماضٍ مبني للمفعول من باب الأفعال والله أعلم. ص: **(وهبة زوجة دار سكناها لزوجها لا العكس)** ش: قال ابن عرفة: ابن سهل: خاض أهل مجلس ابن زرب في صحة حوز الزوجة داراً تصدق بها زوجها عليها لسكناها معه. قال جلهم: حوز وأنكره ابن زرب لسكنى الزوج قالوا: فما تقول؟ قال: هي مشتبهة وتوقف. قال ابن سهل: فيه دليل عدم الاجتهاد لعزوب هذه عندهم مع نصها في سماع عيسى، فينبغي أن لا يغفل عن درس المسائل فآفة العلم النسيان. وحُكي عن أبي عمر الأشبيلي أنه لا يبقى مع الحافظ آخر عمره إلا معرفة موضع المسائل وما هي بمنزلة كبيرة لمن كان بهذه المنزلة في العلم، ولم يكن كما ذكر عن بعض من اتسم بالفتيا أنه طلب باب الحضانة في باب طلاق السنة فلم

ابن لب وبه العمل كماتقدم، ونحوه في وثائق الغرناطي خلاف ما لابن رشد، وقد تقدم من هذا عند قوله: «أو عاد لسكنى مسكنه» **(أو رجع مختفياً أو ضيفاً فمات)** تقدم نص ابن المواز بهذا أيضاً **(وهبة أحد الزوجين متاعاً للآخر وهبة زوجة دار سكناها لزوجها لا العكس)** من كتاب محمد والعتبية قال ابن القاسم عن مالك: من تصدق على امرأته بخادمه وهي معه في البيت فكانت تخدمها بحال ما كانت فذلك جائز. قال سحنون: وكذلك لو وهبها إياها فهو حوز. قال أشهب عن مالك: إذا أشهد لها بهذه الخادم فتكون عندهما كما كانت في خدمتهما أو وهبت هي له خادمها فكانت على ذلك أو متاعاً في البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهي ضعيفة. قال ابن المواز: وقال لي ابن عبد الحكم عن ابن القاسم وأشهب: إن ذلك فيما تواهبا جائز وهي حيازة، وكذلك متاع البيت وبه أقول. قال ابن القاسم: وليس كذلك المسكن الذي هما به يتصدق وهو به عليهما فأقاما فيه حتى مات فإن ذلك ميراث، ولو قامت عليه في صحته قضى لها. أصبغ: يعني أن يسكنها غيره حتى تحوز المسكن. قال

وَلاَ إِنْ بَقِيَتْ عِنْدهُ، إِلاَّ لَمحْجُورِهِ: إِلاَّ مَا لاَ يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ، وَلَوْ خَتَمَ

يجده فرمى بالكتاب في محرابه وهذا هو الموجود في وقتنا انتهى. وقال قبله عن ابن سهل: لو تركت الدرس عامين لنسيت ما هو أظهر من هذا، يشير إلى مسألة ذكرها، قال ابن عرفة: يؤخذ منه أنه ينبغي لمن ابتلي بالفتوى أن لا يترك ختم التهذيب مرة في العام، وكذا كنت أفهم مما ذكر عن بعض شيوخنا. وذكر القاضي تقي الدين الفاسي في ترجمة الوانوغي عن الوانوغي أنه كان يقول: كان ابن عبد السلام يقول: من لا يختم المدونة في كل سنة لا يحل له الفتوى منها انتهى. ص: **(إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم)** ش: هذا قول ابن القاسم ورواية المصريين عنه. قال المتيطي: وبه الحكم وعليه العمل وعليه اقتصر في الإرشاد. وقال في الشامل: إنه الأصح. وقال الشيخ داود في شرح الرسالة: إنه المشهور وبه أفتى ابن رشد ذكره في نوازله من مسائل الهبات. وقال الرجراجي في القول الثاني: إنه الأظهر. قال ابن رشد في الأجوبة في مسائل الهبات: والصدقة بالعين على الصغير لا تصح إلا أن يخرجها المتصدق من ماله ويضعها على يد من يحوزها له بمعاينة الشهود لذلك، فإذا لم يكن إلا إقرار الأب أن الأم تصدقت على ابنتها بمائة دينار وتسلفها الأب منها وتصديق الأم له على ذلك، اتهم الأب في أن يكون أراد أن يولج إليها ذلك من ماله بعد وفاته، فلا يصح ذلك إلا بمعاينة الشهود على الصدقة بدفع المال إلى الأب ليحوزه للابنة عن الأم انتهى. وأما لو دفعتها لغير الأب فإنه يكون شاهداً. ص:

ابن القاسم: وأما لو تصدقت هي عليه بالمنزل وهما فيه فذلك حوز لأن عليه أن يسكن زوجته فسكناها فيه حوز. أصبغ: وكذا إذا تصدقت بدارها على ولدها الصغير والأب ساكن معها فيها فالصدقة جائزة إذا أسكنت الأب من الدار حتى أن لو شاء أن يخرجها من الدار فعل **(ولا إن بقيت عنده إلا المحجورة)** من المدونة: من تزوج جارية بكراً قد طمثت أو لم تطمث فتصدق عليها بشيء أو وهبه لها قبل البناء أو بعده وهي سفيهة أو مجنونة جنوناً مطبقاً وأشهد على ذلك ولم يخرجه من يده، فلا يكون الزوج حائزاً لها إلا أن يخرج ذلك من يده ويجعله على يد من يحوزه لها، ولا يكون متصدق حائزاً إلا أب أو وصي لمن في ولايته، والزوج لا يجوز أمره على زوجته ولا بيعه لما لها وأبوها الحائز لها وإن دخل بها زوجها ما دامت سفيهة أو في حال لا يجوز لها أمر. وانظر قول ابن المواز عند قوله «ولا إن رجعت إليه». وانظر قوله «إلا أب أو وصي» قال ابن رشد: ثالث الأقوال انظر رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس الثاني **(إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم)** ابن عرفة: حوز الأب لصغار ولده ما يعرف بعينه صحيح. ابن رشد: اتفاقاً. الباجي: وأما ما لا يتعين كالدنانير والدراهم فإنها إن بقيت بيد الأب غير مختوم عليها لم يتصرف فيها لابنه الصغير. فقال ابن القاسم: إنه إن مات الأب وهي على ذلك فالعطية باطلة، وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير من دنانير معينة فقال مالك: لا يجوز وإن طبع عليها حتى يدفعها إلى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك أنها غير معروفة العين ولا متعينة بالإشارة إليها، ولا يصح أن تعرف بعينها إذا أفردت من غيرها. ولم يختلف أصحابنا

عَلَيْهِ؛ وَدَارَ سُكْنَاهُ؛ إِلاَّ أَنْ يَسْكُنَ أَقَلَّها، وَيُكْرِي لَهُ الأَكْثَرَ، وَإِنْ سَكَنَ النِّصْفَ: بَطَلَ فَقَطْ، وَالأَكْثَرَ بَطَلَ الْجَمِيعُ، وَجَازَتِ الْعُمْرَى كَأَعْمَرْتُكَ،

(وجازت العمرى كأعمرتك) ش: قال ابن عرفة: العمرى تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء، فيخرج الحكم باستحقاقها ويصدق عليها قبل حوزها لأنه قبله عمرى، وكذا بقية الأنواع. وحكمها الندب لذاتها ويتعذر وجوب عروضها لا كراهتها أو تحريمها. الصيغة الباجي:

في ذلك إذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره. وأما إذا ختم عليها أو أمسكها عنده وقد روى عن مالك أنها تبطل. زاد ابن المواز: وإن ختم عليها الشهود والأب. وبه أخذ ابن القاسم والمصريون، ووجهه أنها ما لا يتعين بالعقد فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطي كالتي لم يختم عليها. وفي الموازية قال مالك: من تصدق على ولده بمائتي دينار وحازها غيره ثم تسلفها ثم مات فذلك باطل بخلاف ما لو وهبه ديناراً ثم قبضه أو عبداً ثم باعه وهو بيده هذا نافذ **(ودار سكناها إلا أن يسكن أقلها ويكري له الأكثر وإن سكن النصف بطل فقط والأكثر بطل الجميع)** المتيطي: شرط صدقة الأب على صغار بنيه بدار سكناه إخلاؤها من نفسه وأهله وثقله ومعاينتها البينة فارغة من ذلك ويكريها لهم. وقال في المدونة: من حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فحوزه لهم حوز إلا أن يسكنها أوجلها حتى مات فيبطل جميعها. وإن سكن من الدار الكبيرة ذات المساكن أقلها وأكرى لهم باقيها نفذ لهم ذلك فيما سكن وفيما لم يسكن، ولو سكن الجل وأكرى لهم الأقل بطل الجميع. وقال في النكت: أحفظ عن بعض شيوخنا: إذا سكن أبو الأصاغر شيئاً أنه على ثلاثة أوجه: إن سكن أكثر من النصف بطل الجميع، ولو سكن أقل من النصف صح لهم ما سكن وما لم يسكن. وإذا سكن القليل وأبقى الكثير خالياً لم يجز لهم ذلك حتى يكريها للأصاغر لأن تركه لكرائه منع له فكأنه أبقاه لنفسه فذلك كانتقاله إياه لسكناه. عياض: وهذا صحيح من النظر ظاهر من لفظ الكتاب. انظر في سماع أصبغ من تصدق على ابنه الصغير بنصف داره أو بنصف غنمه وترك بقية ذلك ملكاً لنفسه شريكاً له به جاز وهو حوز له. ابن سهل: في هذا السماع جواز هبة المشاع وإن بقي للواهب سائر الموهوب منه. ومثله لمالك في العتبية وكذلك في صدقة المدونة لابن القاسم وفي آخر الشفعة أيضاً. وفي ذلك خلاف. وقال المتيطي: جرى العمل بجواز الصدقة بجزء مشاع مع المتصدق قال: ويكتب في ذلك تصدق على ابنه المالك أمره وتولى الابن المذكور قبض الصدقة من أبيه ونزل فيها مع أبيه على الإشاعة منزلة أبيه، وعزا هذا لمالك وابن القاسم أعني جواز هبة المشاع إذا عمر مع المتصدق. وقال ابن رشد: إذا وهب الرجل جزءاً من جميع ماله على الإشاعة لمحجوره، جاز حاشى ما سكن من الدار أو لبس من الثياب إلا الطعام وما لا يعرف بعينه حتى يخرجه من يده. قال ابن زرب: إن كان ما لا يعرف بعينه تبعاً لما جاز فالجميع نافذ، ولا يصح هذا عندي لأنها أنواع، ولا يجعل الأقل تبعاً للأكثر إلا في النوع الواحد، ومن نوازل ابن رشد: إذا حال الخوف قبل إمكان الوصول إليها **(وجازت العمرى)** ابن عرفة: العمرى تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض، وحكمها الندب ويتعذر عروض وجوبها **(كأعمرتك)** الباجي: صيغة العمرى ما دل على هبة المنفعة دون الرقبة كأسكنتك

أَوْ وَارِثَكَ، وَرَجَعَتْ لِلْمُعْمِرِ، أَوْ وَارِثِهِ: كَحُبُسٍ عَلَيْكُمَا، وَهُوَ لِآخِرِكُمَا مِلْكاً؛ لاَ الرُّقْبَى كَذَوَيْ دَارَيْنِ، قَالاَ: إِنْ مُتَّ قَبْلِي، فَهُمَا لِي، وَإِلاَّ فَلَكَ: كَهِبَةِ نَخْلٍ وَاسْتِثْنَاءِ ثَمَرَتِهَا سِنِينَ، وَالسَّقْيُ عَلَى الْمَوهُوبِ لَهُ، أَوْ فَرَسٍ لِمَنْ يَغْزُو سِنِينَ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ الْمَدْفُوعُ لَهُ، وَلاَ يَبِيعُهُ لِبُعْدِ الأَجَلِ،

ما دل على هبة المنفعة دون الرقبة كأسكنتك هذه الدار عمرك أو وهبتك سكناها عمرك انتهى. قال في أواخر كتاب الهبات من المدونة: ومن قال قد أعمرتك هذه الدار حياتك أو قال هذه الدابة أو هذا العبد جاز ذلك، وترجع بعد موته إلى الذي أعمرها أو إلى ورثته. ثم قال: ومن قال داري هذه لك صدقة سكنى فإنما له السكنى دون رقبتها، وإن قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك أو قال هذه الدار لك ولعقبك سكنى، فإنها ترجع إليه ملكاً بعد انقراضهم، فإن مات فإلى أولى الناس به يوم مات أو إلى ورثتهم لأنهم هم ورثته انتهى. وقال ابن عرفة بعد ذلك: قال الباجي في المجموعة والموازية ابن القاسم وأشهب: من قيل له هي لك صدقة سكنى فليس له إلا سكناها دون رقبتها. محمد: حياته انتهى.

هذه الدار ووهبتك سكناها عمرك **(أو وارثك)** من المدونة: إن قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت إليه ملكاً بعد انقراضهم، فإن مات فلأقرب الناس به يوم مات أو إلى ورثتهم انتهى. قال ابن عات: وهذا قول مالك وأصحابه ورد على ابن الهندي ولم يحك المتيطي عن المذهب إلا ابن الهندي ما قال وكذلك الجزيري **(ورجعت للمعمر)** من المدونة قال ابن القاسم: من قال لرجل قد أعمرتك هذه الدار حياتك أو قال هذا العبد أو هذه الدابة جاز ذلك عند مالك، وترجع بعد موته إلى الذي أعمرها أو إلى ورثته. قلت: فإن أعمر ثوباً قال: لم أسمع عن مالك في الثياب شيئاً، وأما الحلي فأراه بمنزلة الدور. قال في كتاب العرية: والثياب عندي على ما أعراها عليه من الشرط **(كحبس عليكما وهو لآخر كما ملكا)** من المدونة: من قال لرجلين عبدي هذا حبس عليكما وهو لآخر كما جاز ذلك عند مالك، وهو للآخر منهما يبيعه ويصنع به ما شاء **(لا الرقبى كذوي دارين قالا إن مت قبلي فهما لي وإلا فلك)** من المدونة: لم يعرف مالك الرقبى ففسرت له فلم يجزها وهي أن يكون داران بين رجلين فيحبسانها على أن من مات أولاً فنصيبه حبس على الآخر **(كهبة نخل واستثناء ثمرتها سنين والسقي على الموهوب أو فرس لمن يغزو سنين وينفق عليه المدفوع له ولا يبيعه لبعد الأجل)** من المدونة قال مالك: من تصدق على رجل بحائط وفيه ثمر فزعم أنه لم يتصدق بالثمرة، فإن كانت الثمرة يوم الصدقة لم تؤبر فهي للمعطي، وإن كانت مأبورة فهي للمعطى كالبيع ويقبل قوله. وكذلك الهبة ورب الحائط مصدق من حين تؤبر الثمرة. قال ابن القاسم: ولا يمين عليه في ذلك. قلت: وكيف حيازة النخل وربها يسقيها لمكان ثمرته؟ فقال: إن خلى بينه وبين الثمرة يسقيها كانت حيازة. قال ابن المواز: ويقبض الموهوب النخل ويكون سقيها على الواهب في ماله لمكان ثمرته ويتولى الموهوب سقيها لمكان حيازته. ومن المدونة قال ابن القاسم: وكذلك لو استثنى الواهب ثمرتها لنفسه عشر سنين فإن أسلم النخل إلى الموهوب يسقيها بماء الواهب ويدفع إليه ثمرها كل سنة فذلك حوز،

....

تنبيه: إذا قال أعمرتك ولم يقل حياتك أو حياتي ولم يضرب لها أجلاً فهي عمرى، وكذلك أسكنتك. قال اللخمي في أواخر العارية: فصل: وقد أتت هبات متقاربة اللفظ مختلفة الأحكام حمل بعضها على هبة الرقاب وبعضها على هبة المنافع وهو أن يقول كسوتك هذا الثوب، وأخدمتك هذا العبد، وحملتك على هذا البعير. وأسكنتك هذه الدار، وأعمرتك؛ فحمل قوله: «أعمرتك وأسكنتك وأخدمتك» على أنها هبة منافع حياة المخدم والمسكن والمعمر، وقوله: «كسوتك هذا الثوب أو حملتك على هذا البعير أو الفرس» على هبة الرقاب. ثم قال: والعمرى ثلاثة: مقيدة بأجل أو حياة المعمر، ومطلقة ومعقبة. فإن كانت مقيدة بأجل فقال أعمرتك هذه الدار سنة أو عشراً أو حياتي أو حياتك كانت على ما أعطى، وإن أطلق ولم يقيد كان محمله على عمر المعطى حتى يقول عمري أو حياتي، وإن عقبها فقال أعمرتكها أنت وعقبك لم ترجع إليه إلا أن ينقرض العقب انتهى. وقال ابن جزي في القوانين: العمرى جائزة إجماعاً وهي أن يقول أعمرتك داري وضيعتي أو أسكنتك أو وهبت لك سكناها أو استغلالها فهو قد وهب له منفعتها فينتفع بها حياته، فإذا مات رجعت إلى ربها. وإن قال لك ولعقبك فإذا انقرض عقبه رجعت إلى ربها أو إلى ورثته انتهى. وقال اللخمي قبل كلامه المتقدم: وإن قال أذنت لك أن تسكن داري أو تزرع أرضي أو تركب دابتي أو تلبس ثوبي كان عارية، وتجري على ما تقدم من العارية إذا ضرب لها أجلاً أو لم يضرب انتهى. وقال ابن عرفة في آخر كتاب العارية: المخدم ذو رق وهب مالك خدمته إياها لغيره فيدخل المدبر والجزء من العبد لا المكاتب وأم الولد وهو أحد أنواع العارية إن لم يخرج ربه عن ملك رقبته بعتق أو ملك ثم تكلم على نفقته، وقال في النوادر في كتاب الخدمة من كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم: ومن وهب خدمة عبده لرجل ولم يوقت، فأما في الوصية فله خدمة العبد حياة المخدم لأنه أوصى له بخدمته ولم يتركها لورثته، وأما في الصحة فأسأله وأصدقه، فإن مات ولم يبين فلا شيء

وإن كان الموهوب يسقيها بمائة والثمرة للواهب لم يجز لأنه كأنه قال اسقها لي عشر سنين ثم هي لك ولا يدري أيسلم النخل إلى ذلك الأجل أم لا؟ وأنه قد قال لي مالك فيمن دفع إلى رجل فرسه يغزو عليه سنتين أو ثلاثة وينفق عليه المدفوع إليه الفرس من عنده ثم هو للمدفوع إليه بعد الأجل وشرط عليه أن لا يبيعه قبل الأجل أنه لا خير فيه. وبلغني عنه أنه قال: أرأيت إن مات الفرس قبل الأجل أتذهب نفقته باطلاً أهذا غرر؟ فهذا يدلك على مسألتك في النخل. وأما إن كانت النخل بيد الواهب يسقيها ويقوم عليها ولم يخرجها من يده فهذا إنما وهب نخله بعد عشر سنين فذلك جائز للموهوب له إن سلمت النخل إلى ذلك الأجل ولم يمت ربها ولا لحقه دين وله أخذها بعد الأجل، وإن مات ربها أو لحقه دين فلا حق له فيها. ومعنى مسألة الفرس أن المدفوع إليه الفرس يغزو عليه **(وثواب غزوه في الأجل لدافعه)** انظر رسم حلف من سماع ابن القاسم.

وَلِلأَبِ اعْتِصَارُهَا مِنْ وَلَدِهِ:

للمخدم فيه. قال أصبغ: له خدمته حياة المخدم. قال محمد: قول ابن القاسم أحب إلي أن لا شيء له بخلاف من قال لرجل وهبت لك خدمة عبدي أو أخدمتك عبدي ومسألتك إنما هي أخدم فلاناً انتهى.

فرع: سئل ابن رشد عمن أعمرت أبويها داراً فمات أحدهما فقامت المعمرة تطلب نصف الدار، وهل الأبوان والأجنبيان سواء أم لا؟ فأجاب: إذا كانت المعمرة حية فهي مصدقة فيما تزعم من أنها أرادت أن يرجع إليها حظ من مات منهما لا إلى صاحبه، وإن ادّعى الباقي منهما أنها نصت على أن الدار تبقى للآخر منهما لزمتها اليمين، ولو ماتت ولم يدر ما أرادت لتخرج ذلك على الاختلاف في الذي يحبس على معينين فيموت بعضهم هل يرجع إلى المحبس أو إلى من بقي منهم حتى يموتوا كلهم، ولا فرق في هذا بين الأبوين وغيرهم. انتهى من مسائل العمرى. وقال ابن بطال في أحكامه: قال ابن المواز: قال مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس داراً أو حائطاً على قوم فمات بعضهم: فإن ما كان للميت من ذلك يرجع على بقية أصحابه وكذلك في جميع الأحباس من غلة أو سكنى أو خدمة أو دنانير محبسة، كان مرجع ذلك الحبس إلى صاحب ذلك الأصل أو إلى غيره أو إلى السبيل أو إلى الحرية. وهذا إذا كان مشاعاً، فأما إن كان لكل واحد منهم يوم على حدة أو كيل مسمى أو سكنى معروف لكل واحد من أيام بعينها أو سكنى بعينه لكل واحد منهم سماه، فهذا من مات منهم يرجع نصيبه إلى صاحب الحبس إن جعل مرجع الحبس إليه أو إلى من جعل مرجعه إليه. قاله كله مالك. وقد قال أيضاً خلافه إن لم يكن حبساً عليهم مشاعاً. انظر بقية كلامه. وقال ابن رشد في نوازله فيمن نحل ابنه عند عقد نكاحه ثلث مستغل أملاكه حيثما كانت ولم يذكر حياة الناحل ولا المنحول له، ثم توفي الناحل بعد عشرة أعوام وكان المنحول له يستغلها، فقام سائر الورثة وقالوا: ليس لك بعد حياة أبيك شيء. وقال بعد ذلك لي حياتي. فأجاب: الذي أقول به في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم أن للمنحول ثلث غلة الأملاك ما بقيت وكان لها غلته طول حياته ولورثته بعد وفاته قياساً على قوله فيمن وهب لرجل خدمة عبده ولم يقل حياة المخدم ولا حياة العبد أن لورثة المخدم خدمة هذا العبد ما بقي إلا أن يستدل من مقالته على أنه أراد حياة المخدم ويأتي على قول غيره أنه إنما للمخدم خدمة العبد حياة المخدم لا حياة العبد أن يكون للمنحول في مسألتك ثلث غلة الأملاك ما دام حياً، وأما أن يسقط حقه بموت الناحل فذلك ما لا يصح على قول قائل من أهل العلم وبالله التوفيق. انتهى من باب النحلة والسياقة من كتاب النكاح. ص: **(وللأب اعتصارها من ولده)** ش: قال أبو

(وللأب اعتصارها من ولده) ابن يونس: رُوي أنه لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد.

الحسن: قال عياض: معنى الاعتصار الحبس والمنع، وقيل الارتجاع. قاله ابن الإعرابي، وكلاهما في ارتجاع الهبة صحيحاً انتهى. وقال ابن عرفة: والاعتصار ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطى. الصيغة ما دل عليه لفظاً وفي لغو الدلالة عليه التزاماً نقلا ابن عات عن بعض فقهاء الشورى وابن ورد. قال بعض فقهاء الشورى: من شرط في هبة ابنه الصغير الاعتصار ثم باعها باسم نفسه ومات فقيمتها لابنه في ماله، وليس ذلك اعتصاراً إلا أن يشهد عند بيعه أو قبله أن بيعه اعتصار، ولا يجوز اعتصارها بعد بيعها ولا يكون اعتصارها إلا بالإشهاد. وفي الاستغناء: رأيت لابن ورد ما ظاهره خلاف هذا قال: إن باع الأب مال ابنه ونسبه لنفسه وأفصح بذلك والمبيع لم يصر للابن إلا من قبل أبيه بهبة يجوز اعتصارها فيختلف في ذلك، والأظهر أنه بيع عداء يتعقبه حكم الاستحقاق.

قلت: بالأول أفتى ابن الحاج في نوازله. انتهى كلام ابن عرفة. وقال ابن راشد في اللباب: الصيغة ما يدل على ذلك نحو اعتصرت ورددت، ثم ذكر بعض ما تقدم وهو أن بيعه لا يكون اعتصاراً قال: ولا يجوز اعتصارها بعد البيع والثمن للولد ولا يكون اعتصار الأبوين إلا بالإشهاد انتهى. انظر البرزلي في مسائل الهبة فقد أطال في ذلك والله أعلم.

تنبيه: تكلم في أوائل سماع ابن القاسم من الصدقات والهبات على حكم ما إذا باع الأب ما تصدق به على ولده. وقال في شرح المسألة الرابعة منه: فإذا وهب لابنه الصغير ديناً على رجل ثم اقتضاه منه بعد ذلك فهو كما قال بمنزلة العرض يتصدق به عليه ثم يبيعه بعد ذلك أن الثمن يكون للابن في ماله وبعد وفاته لأن تنصيص العرض المتصدق به بالبيع كقبض الدين، وسواء باع العرض لابنه باسمه أو جهل ذلك فلم يعلم إن كان باع لنفسه أو لابنه. وأما إن باع ذلك لنفسه نصاً على سبيل الرجوع فيها والأكل لها فالبيع مردود والصدقة جائزة، ويتبع المشتري الأب بالثمن في حياته وبعد وفاته وجده أو لم يجده، لأن الصدقة قد كانت حيزت للابن. ولو كانت الصدقة داراً يسكنها الأب فباعها قبل أن يرحل عنها لنفسه استرجاعاً لصدقته واستخلاصاً لنفسه بطل البيع إن عثر عليه في حياته ومضت الصدقة للابن، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة ولم يكن للابن فيها حق ولا في الثمن وصح البيع للمشتري والله أعلم انتهى. وانظر المتيطية في كتاب الصدقة. وقال في مفيد الحكام في كتاب العتق: ومن وهب عبداً لولده الصغير ثم أعتقه لم ينفذ عتقه فيه إلا أن يكون أبو الولد موسراً فيعطى الولد قيمة العبد وينفذ العتق وإلا فلا. وقد قيل: إن ذلك رجوع فيما وهب من العبد وليس عليه شيء، وهذا في الموضع الذي يجوز له فيه الرجوع في هبته انتهى. وقال في الذخيرة في كتاب الهبة: قال الأبهري: وإذا تصدق على ولده بعبد فأعتقه وعوضه غيره مثله أو أدنى جاز إن كان في ولايته لشبهة الولاء وشبهته في ماله، فإن كان كبيراً امتنع ويمتنع ذلك

كَأُمٍّ فَقَطْ وَهَبَتْ ذَا أَبٍ، وَإِنْ مَجْنُوناً، وَلَوْ يَتِيماً عَلَى المُخْتَار، إلاَّ فِيمَا أُرِيدَ بِهِ الآخِرَةُ:

من الوصي لعدم الشبهة بالمال انتهى. وسئلت عن رجل ملك ولده بئراً أو أرضاً ثم بعد أربع سنين أوقف جميع أملاكه على أولاده وأدخل في ذلك الأرض والبئر التي أوقفها على ولده أولاً، فأجبت بأنه إن كان الولد كبيراً وحاز ما ملكه أبوه أو صغيراً وأشهد أبوه أنه حاز له فالتمليك صحيح، ولا يبطله الوقف الذي بعده إلا أن يشهد الأب أنه رجع فيما ملكه لولده قبل الوقفية إن كان الولد كبيراً ولم يحز أو صغيراً ولم يحز الأب له حتى أوقفه فالوقف صحيح والتمليك باطل إلا أن يحكم به حاكم لا يشترط الحيازة، وهو على القول الراجح أن الاعتصار لا يكون إلا بالقول ولا يكون بالعتق، وبذلك أفتى القاضي أبو القاسم المالكي الأنصاري والله أعلم. ص: **(كأم وهبت ذا أب)** ش: يعني أن الأم إذا وهبت لولدها، فإن كان له أب فلها أن تعتصر منه، وإن لم يكن له أب فلا تعتصر منه. وهذا إذا كان الولد صغيراً، وأما إن كان كبيراً فلها أن تعتصر منه كان له أب أو لم يكن. قال في المدونة: وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه أو ولدها الكبير إلا أن ينكحا أو يتداينا، فإن لم يكن للصغير أب حين وهبته أو نحلته فليس لها أن تعتصر لأنه يتيم ولا يعتصر من اليتيم ويعد كالصدقة. وإن وهبتهم وهم صغار لا أب لهم ثم بلغوا ولم يحدثوا في الهبة شيئاً فليس لها أن تعتصر لأنها وهبت في حال اليتم، وإن وهبتهم وهم صغار والأب مجنون جنوناً مطبقاً فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها انتهى. وإلى هذا الأخير أشار المصنف

قال مالك: فكل صدقة فلا اعتصار فيها للأبوين، وأما الهبة والعطية والنحل والعمرى فلهما الاعتصار في ذلك. **(كأم)** من المدونة قال مالك: للأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه ما لم يستحدثوا ديناً أو يحدثوا فيها حدثاً. وقال ابن عرفة: المذهب صحة اعتصار الأب ما وهبه لابنه صغيراً كان الابن أو كبيراً ومعروف المذهب الأم مثله **(فقط)** من المدونة قال ربيعة: لا يعتصر الولد من الوالد. قلت: فهل يجوز لغير الأبوين من جد أو جدة أو عم أو عمة أو خال أو خالة من غيرهم اعتصار هبتهم؟ قال: لا يجوز الاعتصار في قول مالك إلا للوالد والوالدة ولا يجوز لأحد غيرهما **(وهبت ذا أب)** من المدونة قال مالك: ما وهبت الأم أو نحلت لولدها الصغار ولا أب لهم فليس لها أن تعتصر لأنه يتيم، ولا يعتصر من يتيم ويعد ذلك كالصدقة عليه **(وإن مجنوناً)** من المدونة قال ابن القاسم: إن وهبت الأم ولدها والأب مجنون جنوناً مطبقاً فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها **(ولو يتيماً على المختار)** اللخمي: إن كان له أب يوم العطية فلم تعتصر حتى مات الأب كان لها أن تعتصر لأنها لم تكن على وجه الصدقة اهـ. والذي لابن يونس قال محمد: إن وهبت لولدها الصغير فبلغ قبل أن يموت الأب ثم مات أبوه كان للأم أن تعتصر ما وهبته، فأما إن مات قبل بلوغ الولد فليس للأم أن تعتصر ما وهبته لأن بموت الأب قبل البلوغ انقطع الاعتصار فلا يعود اهـ. فانظر هذا مع ما تقدم **(إلا فيما أريد به الآخرة)** في نوازل سحنون: هبته لابنه للصلة لا يجوز

كَصَدَقَةٍ بِلاَ شَرْطٍ، إِنْ لَمْ تَفُتْ، لاَ بِحَوَالَةِ سُوقٍ، بَلْ بِزَيْدٍ أَوْ نَقْصٍ، وَلَمْ يُنْكَحْ أَوْ يُدَايَنْ لَهَا، أَوْ يَطَأْ ثَيِّباً، أَوْ يَمْرَضْ كَوَاهِبٍ

بقوله «وإن مجنوناً». ص: **(إن لم يفت بحوالة سوق)** ش: قال الشارح: ظاهره أن الهبة يفوت اعتصارها بحوالة السوق، والذي حكاه الباجي عن مطرف وعبد الملك وأصبغ أن ذلك غير مفيت. ابن راشد: ولا خلاف فيه انتهى.

قلت: حكى في معين الحكام قولين في فوات الاعتصار بحوالة الأسواق، فيحتمل أن

اعتصارها، وكذا هبته لضعفه وخوف الخصاصة عليه. وقال ابن الماجشون: كل هبة لولده لوجه الله أو لطلب الأجر أو لصلة الرحم لا تعتصر. ابن رشد: هذا مثل قول عمر في المدونة ونحوه في مختصر ابن عبد الحكم وهو أظهر من قول مطرف **(كصدقة بلا شرط)** الباجي: إن أطلق لفظ الهبة أو العطية أو النحلة ولم يقل سلطت عليها حكم الاعتصار. فقال ابن الماجشون: وأصبغ: له أن يعتصر لأنها عطية لم يقرن بها ما يخلصها للقربة فجاز فيها الاعتصار كما لو شرط فيها الاعتصار اهـ. وقد تقدم قول مالك: كل صدقة فلا اعتصار فيها للوالدين **(إن لم تفت بحوالة سوق أو زيد أو نقص)** لو قال: وإن فاتت بحوالة سوق لا زيد أو نقص» لوافق ما يتقرر. قال الباجي: إذا تغيرت الهبة في قيمتها بتغير الأسواق إن لم يمنع ذلك الاعتصار. قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ. لأن الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بها ولا تأثير له في صفتها فلم يمنع الاعتصار كنقلها من موضع لآخر، وأما إذا تغيرت الهبة في عينها فقد قال مطرف وابن الماجشون: زيادتها في عينها ونقصها لا يمنع اعتصارها. وقال أصبغ: يمنع اعتصارها وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم، لأن تغير حالة ذمة المعطي تمنع الاعتصار فإن بمنعه تغير الهبة في نفسها أولى وأحرى **(ولم ينكح ولم يداين)** من المدونة قال مالك: وللأب أن يعتصر ما وهب أو نحل لبنيه الصغار والكبار وإن لم يكن للصغار أم، لأن اليتيم إنما هو من قبل الأب ما لم ينكحوا أو يستحدثوا ديناً لأنه إنما أنكح لغناه ولما أعطى وعليه داينه الناس. وكذلك يرغب في الابنة ويرفع في صداقها فلذلك منع الاعتصار، وذلك إن كانت الهبة كثيرة مما يزاد في الصداق من أجلها، فأما الثوب ونحوه فلا. وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن نحل ابنته غلة فتزوجها على ذلك رجل ثم مات أو طلق فقد انقطع الاعتصار بالنكاح فلا يعود ديناً لها أو لم يبق، وكذلك من نكح من الذكور والإناث أو داين ثم زال الدين أو زالت العصمة فلا اعتصار لها. ومن المدونة: قضى عمر بن عبد العزيز فيمن نحل ابنه أو ابنته ثم نكحا على ذلك فلا رجوع له، وإن نحلها بعد النكاح فذلك له ما لم يتداينا أو يموتا **(أو يطأ ولو ثيباً)** محمد: إذا وهبه أبوه أو أمه بعد تزويجه فله أن يعتصر ما لم يتداين الولد أو تنمى الهبة أو يطأها إن كانت جارية فيفوت الاعتصار وإن لم تكن بكراً ولم تحمل. قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن ذهب **(أو يمرض كواهب)** قال يحيى بن عمر: إن مرض الأب والابن فلا اعتصار في مرض أحدهما، وإن زال المرض فله أن يعتصر بخلاف النكاح والدين لأنه لم يعامل عليه في المرض. وقال سحنون: مثله في الأب. قال: ولا يشبه المعتصر منه المعتصر في ذلك. قال أصبغ: إذا امتنع الاعتصار بمرض أحدهما أو بنكاح الولد أو بدين ثم زال

إِلاَّ أَنْ يَهَبَ عَلَى هَذِهِ الأَحْوَالِ، أَوْ يَزُولُ المَرَضُ عَلَى المُخْتَارِ، وَكُرِهَ تَمَلُّكُ صَدَقَةٍ بِغَيْرِ مِيرَاثٍ، وَلاَ يَرْكَبُهَا، أَوْ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّتِهَا،

يكون المصنف اعتمد القول بالإفاتة فتأمله والله أعلم. ص: **(وكره تملك صدقة بغير ميراث)** ش: يريد بوجه من وجوه التمليك إلا بإرث وإن تداولتها الأملاك ولا يشتريها من فقير. واحترز بالصدقة من الهبة فإنه يجوز له أن يتملكها عل المشهور. قاله في التوضيح. ص: **(ولا يركبها أو يأكل غلتها)** ش: انظر هل النهي على المنع أو الكراهة؟ وظاهر المدونة المنع. قال في كتاب الصدقة: ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها إن كانت دابة ولا ينتفع بشيء منها انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: ولا يأكل من ثمرتها ولا يركبها يعني إذا تصدق بحائط فلا يأكل ثمرته، وإذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها وفي ذلك قولان، أشهرهما الجواز لحديث العرايا. وقال عبد الملك: لا ينتفع بذلك. خليل: وفيه نظر، لأن الجواز خلاف ظاهر المدونة انتهى.

قلت: إن حمل الجواز على أن المراد به المباح فهو مشكل كما ذكره لأن لفظ المدونة لا أقل أن يحمل على الكراهة، ولا حجة في حديث العرايا لأنهم قد صرحوا بأنه مستثنى من

المرض والدين والنكاح فلا اعتصار، وإذا زالت العصرة يوماً ما فلا تعود. وقاله ابن حبيب عن مالك. وقال المغيرة وابن دينار: إذا صح المعطي أو المعطى له رجعت العصرة كما تنطلق يده في ماله فيما كان ممنوعاً منه. انتهى نقل ابن يونس. وقال اللخمي: اختلف إذا امتنع الاعتصار لمرض الأب أو الابن ثم برئا فقال المغيرة وابن دينار وابن القاسم وابن الماجشون: يعتصر وهو أبين لأن المنع إنما كان لأن الظاهر أنه مرض موت، فإذا صح تبين أنهم أخطؤوا وأنه مرض لا يموت منه. ولو اعتصر في ذلك المرض ثم صح منه كان الاعتصار صحيحاً لأنه قد تبين أنه كان في حكم الصحيح **(إلا أن يهب على هذه الأحوال)** ابن الحاجب: ولو وهب على هذه الأحوال ففي إفاتتها الرجوع قولان ابن عبد السلام الأقرب صحة الاعتصار **(أو يزول المرض على المختار)** تقدم نص اللخمي بهذا وتقدم نقل ابن يونس قبله فانظره معه **(وكره تملك صدقة بغير ميراث)** من المدونة قال مالك: لا يشتري الرجل صدقته من المتصدق عليه ولا من غيره. محمد: ولا ترجع إليه باختيار من شراء أو غيره وإن تداولته أملاك ومواريث، واختلف هل النهي على الندب أو الوجوب؟ فقال مالك: لا ينبغي أن يشتريها. وقال: يكره. وظاهر الموازية أنه لا يجوز. اللخمي: والأوّل أحسن لأن المثل ضرب لنا بما ليس بحرام. ابن عرفة: التعليل يدل على ذم الفاعل بتشبيهه بالكلب العائد في قيئه والذم على الفعل يدل على حرمته. وقاله عز الدين ولبعد اللخمي عن ذكر قواعد أصول الفقه قال هذا والله أعلم ورجوعها بالإرث جائز اتفاقاً لأنه جبر **(ولا يركبها ولا يأكل غلتها)** من المدونة: من تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرها ولا يركبها إن كانت دابة ولا ينتفع بشيء منها ولا من ثمنها، وأما الأم والأب إذا احتاجا فلا بأس أن ينفق عليهما مما تصدقا به على الولد. قال محمد: ولا يستعير ما تصدق به أو

وَهَلْ إِلاَّ أَنْ يَرْضَى الابْنُ الْكَبِيرُ بِشُرْبِ اللَّبَنِ؟ تَأْوِيلاَنِ؛ وَيُنْفِقُ عَلَى أَبٍ آفْتَقَرَ مِنْهَا، وَتَقْوِيمُ جَارِيَةٍ أَوْ عَبْدٍ لِلضَّرُورَةِ، وَيُسْتَقْصى، وَجَازَ شَرْطُ الثَّوَابِ،

شراء ما تصدق به للضرورة. وإن أريد بالجواز ما يعم المكروه فلا إشكال وكان مقابله أعني قول عبد الملك يقول بالمنع كما هو ظاهر لفظه.

تنبيه: قال في التوضيح: قوله «ولا يأكل من ثمرتها» ظاهره لا ينتفع بها مطلقاً. وفي الرسالة: لا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به. أبو الحسن: ظاهره خلاف المدونة. وفي المعونة: إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذي جعله في السبيل وما أشبه ذلك مما يقل خطره. وقيل: معنى ما في الرسالة إذا كان بحيث لا ثمن له. وقيل: محمل ما في الرسالة على ما ذكره ابن المواز وقد تقدم انتهى. يشير إلى قوله. قال ابن المواز: للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب من لبنها ويكتسي في صوفها إذا رضي الولد، وكذلك الأم. محمد: وهذا في الولد الكبير، وأما الصغير فلا يفعل. قاله مالك. وإلى هذا أشار المصنف بقوله «وهل إلا أن يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان» إلا أن ظاهر كلام المصنف تخصيصه باللبن وقد علمت أنه غير خاص به والله أعلم. ص: (وجاز شرط الثواب) ش: يعني أن الهبة تجوز بشرط الثواب وسواء عين الواهب الثواب الذي يريد أم لا، أما إذا عينه فقالوا إنها جائزة وهي حينئذ من البيوع. قال في التوضيح: كما لو قال أهبها لك بمائة دينار

أعطاه لرجل في السبيل، وإن تصدق بذلك عليه فلا يقبل. قال محمد: وإن لم يبتل الأصل وإنما تصدق بالغلة عمرى أو أجلاً فله شراء ذلك. قاله مالك وأصحابه إلا عبد الملك **(وهل إلا أن يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان)** قال محمد: للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب من لبنها ويكتسي من صوفها إذا رضي الولد، وكذلك الأم. قال محمد: وهذا في الولد الكبير، وأما الصغير فلا يفعل وقاله مالك انتهى. ولم أجد لابن يونس غير هذا. وفي الرسالة: ولا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به **(وينفق على أب افتقر منها)** تقدم نص المدونة: الأب والأم إذا احتاجا أنفق عليهما مما تصدقا به على الولد **(وتقويم جارية أو عبد للضرورة ويستقصى من نفسه لولده)** إنما جعل المتيطي هذا بالنسبة إلى الأمة خاصة للولد الصغير خاصة. ومن المدونة قال مالك: من تصدق على ابنه الصغير بجارية فتمنتها نفسه فلا بأس أن يقومها على نفسه ويستقصى الابن. قال محمد عن ابن القاسم: إنما رخص في هذا الموضع للولد الصغير من أبيه، ولو كان كبيراً أو أجنبياً ما حل له ذلك وقاله مالك. ابن عرفة: مثل قول المدونة في سماع ابن القاسم والموهوب عبداً. قال ابن رشد: قول المدونة في الجارية أعذر منه في العبد لتعلق نفسه بها. راجع ابن عرفة. **(وجاز شرط الثواب)** ابن يونس: الهبة للثواب كالبيع في هذا في أكثر الحالات، وإن لم يسم العوض عند الهبة أجازه العلماء على ما رُوي عن محمد وغيره خالفت البيع في هذا كخلاف نكاح التفويض لنكاح التسمية، ولا

وَلَزِمَ بِتَعْيِينِهِ، وَصُدِّقَ وَاهِبٌ فِيهِ؛ إِنْ لَمْ يَشْهَدْ عُرْفٌ بِضِدِّهِ وَإِنْ لِعُرْسٍ،

ويشترط في ذلك شروط البيع انتهى. ولم يذكروا في ذلك خلافاً. وأما إن شرط الواهب الثواب ولم يعينه فأجاز ذلك ابن القاسم في المدونة وقاله أصبغ، ومنعه ابن الماجشون لأنه كبيع سلعة بقيمتها. الباجي: والأول أولى انتهى. وقال ابن عرفة: وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي، وفي شرطها بغير لفظ البيع قولان ذكرا في فصل شرط العوض فيها انتهى.

قلت: كذا في النسخ التي رأيتها قولان ذكرا، والذي يظهر أن حق العبارة أن يقول قولان يذكران فإن فصل العوض متأخر عن كلامه هذا. والذي رأيته في كلامه بعد البحث عنه في مظانه من البيوع وغيرها قوله في فصل شرط العوض في هبة الثواب في أواخر كتاب الهبة وفي ترجمة بيع الغرر من المنتقى: لو قال بعتك السلعة بما شئت ثم سخط ما أعطاه قال ابن القاسم: إن أعطاه القيمة لزمه. محمد: معناه إن فاتت. فحمله ابن القاسم على المكارمة كهبة الثواب، واعتبر محمد لفظ البيع انتهى. ص: **(ولزم بتعيينه)** ش: يعني أن الموهوب له إذا عين الثواب لزمه تسليمه للواهب وليس له الرجوع فيه ولو لم يقبضه الواهب. قاله ابن شاس

بأس باشتراط الثواب عند الهبة وإن لم يصفه **(ولزم بتعيينه)**. ابن رشد: وهبة الثواب على ثلاثة أوجه: الأوّل: أن يهب على ثواب يرجوه ولا يسميه ولا يشترطه، فهذا على مذهب ابن القاسم كنكاح التفويض. والثاني أن يهب على ثواب يشترطه ولا يسميه فقيل إنه كالهبة التي يرى أنه أراد بها الثواب. قاله أصبغ وهو قول ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: هذا غرر لأنه باع سلعة بقيمتها. الثالث: أن يهب على ثواب يشترطه ويسميه فهو بيع من البيوع ويسميه فيها، ولو قال فهو بيع من البيوع يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع كان أولى. الباجي: من الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها، ولو قال بعتكها بما شئت ثم سخط ما أعطاه قال ابن القاسم: إن أعطاه القيمة لزمه. الباجي: حمل ابن القاسم هذا على المكارمة كهبة الثواب، واعتبر محمد لفظ البيع فمنعه ولم يجعله كهبة الثواب فجعل للفظ تأثيراً. المتيطي: يجوز أن يهب الأب دار ابنه المحجور للثواب ويكتب في ذلك «وهب فلان لفلان دار ابنه لما رجاه في ذلك من المنفعة له على سنة الهبة للثواب ورضي الموهوب له بهذه الهبة وقبلها والتزم الثواب فيها وصارت بيده». والمعروف في المذهب أن الموهوب له بالخيار بعد القبض بين أن يمسك أو يرد ما لم تفت **(وصدق واهب فيه إن لم يشهد عرف بضده)** من المدونة قال ابن القاسم: وما وهبت لقرابتك أو ذوي رحمك وعلى أنك أردت ثواباً فذلك لك إن أثابوك وإلا رجعت فيها، وما علم أنه ليس لثواب كصلتك لفقرهم وأنت غني فلا ثواب لك ولا تصدق أنك أردته ولا رجوع لك في هبتك، وكذلك هبة غني لأجنبي فقير أو فقير لفقير ثم يدعي أنه أراد الثواب ولا يصدق إذا لم يشترط في أصل هبته ثواباً ولا رجعة له في هبته **(وإن لعرس)** الباجي: ما جرت عادة الناس ببلدنا من إهداء بعضهم لبعض الكباش وغيرها عند النكاح. فقد قال ابن العطار: إن ذلك على الثواب وبذلك رأيت القضاء ببلدنا. قال: لأن ضمائر المهدي والمهدى

وَهَلْ يَحْلِفُ، أَوْ إِنْ أَشْكَلَ؟ تَأْوِيلاَنِ، فِي غَيْرِ الْمَسْكُوكِ، إِلاَّ لِشَرْطٍ، وَهِبَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ،

وابن الحاجب. قال في التوضيح: لأنه التزمه بتعيينه. ونقله ابن عرفة عن ابن شاس وقال بعده: هذا ضروري كتب عقد الخيار انتهى. ص: **(في غير المسكوك)** ش: أي فلا ثواب فيه. قال في المدونة: ولو رأى أنه وهبه للثواب إلا بشرط وثوابه عرض أو طعام. نقله في التوضيح. ومثل المسكوك السبائك والحلي والمكسر على الأصح بخلاف الحلي الصحيح على الأصح. ص: **(وهبة أحد الزوجين للآخر)** ش: وكذا الأب وولده. قال في المدونة: إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم انتهى. فمسألة الزوجين والأقارب ليست كمسألة المسكوك ومسألة السبائك والحلي فإنه لا ثواب فيهما ولو فهم ذلك بخلاف مسألة الزوجين فإنه إذا دلت القرينة على إرادة الثواب حكم به فهي إنما تخالف هبة الثواب بين الأجانب في كونها لا يحكم فيها بالثواب إلا بقرينة، وهبة الأجانب يحكم فيها بالثواب إلا إذا قامت القرينة على عدم الثواب. ص: **(ولقادم)** ش: أطلق فيه رحمه الله وهو مقيد في المدونة وغيرها بما يهدي له من الطعام والفاكهة ونحو ذلك والله أعلم.

مسألة: في حكم هبة الطعام للثواب قال في المدخل في آخر فصل آداب الأكل: وينبغي له أن يتحفظ من هذه العادة المذمومة التي أحدثت وهي أن يهدي أحد الأقارب أو الجيران

إليه على ذلك، يريد أنه العرف. قال: وذلك كالشرط فيقضى للمهدي بقيمة الكباش حين قبضها المهدى إليه إن كانت مجهولة الوزن، فإن كانت معلومة الوزن قضي بوزنها. وإن كان المهدى إليه بعث إلى المهدي قدراً من لحم مطبوخ أو أكل عنده في العرس حوسب في قيمة هديته، ولو كان هذا في بلد لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب، وهذا الذي قاله عندي فيه نظر. راجع المنتقى وسيأتي بعد هذا أنه لا يقضى في الثواب إلا بما يقضى عنه ببيع **(وهل يحلف أو إن أشكل تأويلان)** عياض: قوله في هبة الفقير إن قال: إنما وهبته للثواب القول قول الواهب إنما وقع في بعض نسخ المدونة مع يمينه ومثله في كتاب ابن الجلاب. وقال ابن زرب: لا يمين عليه. وقال أبو عمران: أما إذا أشكل فإحلافه صواب، وإن لم يشكل وعلم أنه أراد الثواب فلا يحلف **(في غير المسكوك إلا بشرط)** من المدونة قال مالك: لا ثواب في هبة الدنانير والدراهم وإن وهبها فقير لغني وما علمته من عمل الناس. ابن القاسم: إلا أن يشترط الثواب فيثاب عرضاً أو طعاماً، وأجاز مالك هبة الحلي المصوغ للثواب ولا يعوض من ذلك عيناً لا ذهباً ولا فضة. قاله في المدونة. الباجي: يريد بعد التفرق ويجوز قبله بغير جنسه بحضرة الحلي **(وهبة أحد الزوجين للآخر)** من المدونة: لا يقضى بين الزوجين بالثواب في الهبة ولا بين والد وولده، إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم مثل أن تكون للمرأة جارية فارهة فطلبها منها زوجها وهو موسر فأعطته إياها تريد بذلك استغزار صلته، والرجل كذلك يهب لامرأته والابن لأبيه مما يرى أنه أراد بذلك استغزار ما عند أبيه، فإن كان مثل ذلك مما يرى الناس أنه وجه ما طلب في هبته ففي ذلك الثواب، فإن أثابه وإلا رجع كل واحد منهما في هبته، وإن لم يكن وجه ما ذكرنا فلا

وَلِقَادِمٍ عِنْدَ قُدُومِهِ وَإِنْ فَقِيراً لِغَنِيٍّ، وَلاَ يَأْخُذُ هِبَتَهُ، وَإِنْ قَائِمَةً، وَلَزِمَ وَاهِبَهَا، لاَ المَوْهُوبَ لَهُ القِيمَةُ، إِلاَّ لِفَوْتٍ بِزَيْدٍ أَوْ نَقْصٍ، وَلَهُ مَنْعُهَا حَتَّى يَقْبِضَهُ، وَأُثِيبَ مَا يُقْضَى عَنْهُ بِبَيْعٍ،

طعاماً فلا يمكن المهدى إليه أن يرد الوعاء فارغاً حتى يرده بطعام، وكذلك المهدي إن رجع إليه الوعاء فارغاً وجد على فاعل ذلك وكان سبباً لترك المهاداة بينهما ولسان العلم يمنع من ذلك كله لأنه يدخله بيع الطعام بالطعام غير يد ليد، ويدخله أيضاً بيع الطعام بالطعام متفاضلاً ويدخله الجهالة. فإن قيل: ليس هذا من باب البياعات وإنما هو من باب الهدايا وقد سومح فيها. فالجواب: هو مسلم لو مشوا فيه على مقتضى الهدايا الشرعية لكنهم يفعلون ضد ذلك لطلبهم العوض، فإن الدافع يتشوق له والمدفوع إليه يحرص على المكافأة فخرج بالمشاحة من باب الهدايا إلى باب البياعات، وإذا كان كذلك فيعتبر فيه ما تقدّم ذكره انتهى. وانظر الأبي في كتاب الهبات والله أعلم. ص: **(ولزم واهبها لا الموهوب له القيمة إلا لفوت بزيد أو نقص)** ش: يعني أن الواهب يلزمه قبول القيمة إذا دفعها الموهوب له ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة إلا أن تفوت الهبة عنده بزيادة أو نقصان.

تنبيه: لم يذكر المصنف بما يلزم الواهب قبول القيمة، هل بمجرد الهبة أو القبض، بل قد يتبادر أنه يلزمه قبول القيمة بمجرد عقد الهبة وهو أحد الأقوال، والمشهور أنه يلزمه ذلك بقبض الموهوب لها. قاله في التوضيح وقاله ابن عرفة.

فرع: إذا أثاب الموهوب له في هبة الثواب أكثر من القيمة وامتنع الواهب أن يقبل إلا القيمة، فليس له ذلك ويجبر على أخذ ما أعطاه الموهوب. انظر المشذالي في آخر كتاب الهبات.

ثواب بينهما **(ولقادم عند قدومه وإن فقيراً لغني ولا يأخذ هبة وإن قائمة)** من المدونة قال مالك: وإذا قدم غني من سفره فأهدى إليه جاره الفقير الفواكه والرطب وشبهه ثم قام يطلب الثواب وقال إنما أهديت إليه رجاء أن يكسوني أو يصنع بي خيراً، فلا شيء فيه لغني أو فقير. قال ابن القاسم: ولا له أخذ هديته وإن كانت قائمة بعينها **(ولزم واهبها الموهوب له بالقيمة)** هبة الثواب يكون الموهوب له مخيراً ما كانت الهبة قائمة لم تفت بين أن يثيبه ما يكون فيه وفاء بقيمة الهبة أو يردها عليه، ولا تجب عليه القيمة إلا بالفوت. وعلى قول مطرف وروايته عن مالك لا يلزم الواهب الرضا بقيمة الهبة إلا بعد فوتها بذهاب عينها كقول ابن الماجشون في الذي يتزوج المرأة على حكمها أنه لا يلزمها الرضا بصداق المثل إلا بعد الدخول، خلاف مذهب ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ في قولهم إنه يلزمهما الرضا بالصداق المثلي إذا فوضه لها كالتفويض **(إلا لفوت بزيد أو نقص)** ابن رشد: اختلف في الفوت الذي يلزم به الموهوب له القيمة على أربعة أقوال: أحدها قول ابن القاسم في المدونة أنه لا يكون فيها فوت إلا بالزيادة والنقصان **(وله منعها حتى يقبضه)** من المدونة قال مالك: أما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع **(وأثيب بما يقضى عنه ببيع)** قال أبو محمد: لما كانت

....

فائدة: قال في آخر مسائل الصدقة والهبة من البرزلي قبل آخرها بنحو الخمس ورقات: ابن عات عن الاستغناء: ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس ولا أن يضيفوا أحداً ولا أن يكافؤا عن الهدايا، وحكى ذلك عن مالك. وكذا السلطان لا يكافيء ولا يكافأ. وقد ذكر المتيطي هذا عن سعد المعافري عن مالك في أول كتاب الشهادات قال: ليس على الفقيه من مكافأة ولا ضيافة أحد ولا شهادة بين اثنين انتهى. وقال ابن فرحون في الديباج المذهب فيمن اسمه سعيد: وسعيد بن عبد الله بن سعد المعافري أبو عمر، وقيل أبو محمد، وقيل أبو عثمان، من كبار أصحاب مالك، سمع منه ابن القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم، وبه تفقه ابن وهب وابن القاسم وهو ثقة فاضل مأمون توفي بالإسكندرية سنة ثلاث وسبعين ومائة.

مسألة: ذكر سعد هذا عن مالك قال: ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة يريد عن هدية ولا شهادة بين اثنين انتهى. والظاهر أن ذكره فيمن اسمه سعيد سهو فإن كلام المتيطي المتقدّم وكلام أبي الحسن وكلام المدارك أنه سعد، بل في آخر كلام ابن فرحون المذكور أنه سعد حيث قال: مسألة ذكر سعد ونص كلام أبي الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق جنيناً في بطن أمه لما ذكر قول مالك أنها تباع في الدّين سواء كان الدّين قبل العتق أو بعده ما نصه: وخالف سعد المعافري شيخه فقال: لا تباع حتى تضع إذا كان الدّين لاحقاً انتهى. وقال في المدارك في ترجمته: أبو محمد، وقيل أبو عثمان سعد بن عبد الله المعافري من كبار أصحاب مالك، سمع منه ابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن بكير، وهو الرابع عشر من الطبقة الأولى من أصحاب مالك المصريين. وقال في آخر ترجمته: قال سعد عن مالك: ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة يريد عن هدية ولا شهادة بين اثنين انتهى. وفي بعض نسخ المدارك إسقاط المعافري واستفيد من النصوص المذكورة أنه معافري والمعافري بفتح الميم وكسر الفاء نسبة إلى المعافر بن يعفر بن مالك. قال ابن الأثير في كتاب الأنساب: ينسب إليه أكثر عامتهم بمصر انتهى. وقد أنشدني بعض أصحابنا عن الشيخ العلامة ابن غازي عن شيخه الإمام القدوة أبي عبد الله محمد القوري أنه أنشده لما تكلم معه في هذه المسألة ما نصه:

ليس على الفقيه من ضيافه ... ولا شهادة ولا مكافه

ذكر ذا نصاً عن المدارك ... عن سعد المعافري عن مالك

والله تعالى أعلم. فائدة: قال في تخريج أحاديث الإحياء حديث «من أهدي له هدية

الهبة للثواب كالبيع في أكثر الحالات كان لها حكمه فيما يحل ويحرم من عوضها. قال ابن القاسم: ومن وهبك حنطة فلا خير في أن تعاوضه منها بعد ذلك حنطة أو تمراً أو غيره من مكيل الطعام أو موزونه إلا أن تعاوضه قبل التفرق طعاماً فإنه يجوز، لأن هبة الثواب بيع من البيوع عند مالك إلا أن

وَإِنْ مَعِيباً، إِلاَّ كَحَطَبٍ، فَلاَ يَلْزَمُهُ قُبُولُهُ، وَلِلْمَأْذُونِ، وَلِلأَبِ في مَالِ وَلَدِهِ: الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ، وَإِنْ قَالَ: دَارِي صَدَقَةٌ. بِيَمِينٍ مُطْلَقاً، أَوْ بِغَيْرِهَا وَلَمْ يُعَيِّنْ لَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ بِخِلاَفِ المُعَيَّنِ، وَفِي مَسْجِدٍ مُعَيَّنٍ: قَوْلاَنِ، وَقُضِي بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ فِيهَا بِحُكْمِنَا.

وعنده قوم فهم شركاؤه فيها» العقيلي وابن حبان في الضعفاء والطبراني في الأوسط والبيهقي من حديث ابن عباس. قال العقيلي: لا يصح في هذا المتن حديث. ص: (وإن معيباً) ش: هو من العيب كما قال ابن غازي وعكسه في المدونة أيضاً. قال في كتاب الهبات منها: وإذا وجد الموهوب له بالهبة عيباً فله ردّه وأخذ العوض ثم قال: وإن وجد الواهب إلى آخر ما ذكره ابن غازي. وانظر أبا الحسن الصغير. وانظر المنتقى في الكلام على الرد بالعيب فإنه ذكر فيه حكم ما إذا اطلع في هبة الثواب على عيب هل يرده والله أعلم.

تعاوضه مثل طعامه في صفته وجودته وكيله فلا بأس بذلك وإن افترقا (وإن معيناً) لو قال «ولو غير معين» لكان أبين. وقد تقدم قول ابن رشد: إن سمى الثواب فهو بيع بلا خلاف وإن لم يسمه فالثواب ففيه الخلاف. ابن عرفة: الهبة بشرط عوض عيناه. قال ابن رشد وغيره: هي بيع. ومذهب المدونة جواز شرط الثواب غير معين خلافاً لابن الماجشون (إلا كحطب فلا يلزم أخذه) ابن شاس: نوع الثواب الذي يلزم قبوله باتفاق الدنانير والدراهم. وروى أشهب: الخسارة فيهما إلا أن يتراضيا على غيرهما. ورأى سحنون أن كل ما يصح أن يكون ثواباً ويلزم الواهب قبوله إذا كان فيه وفاء بقيمة هبته. ووافقه ابن القاسم في عدم الاقتصار على العين إلا أنه استثنى منها الحطب والتبن وشبهه مما لا يثاب في العادة بمثله (وللمأذون وللأب في مال ولده الهبة للثواب) من المدونة: يقضى عليه أن يعوض من يهبه قال: وللأب أن يهب من مال ولده الصغير للثواب. قال ابن القاسم: للمأذون أن يهب للثواب كالبيع ويعوض عنه واهبه للثواب لأن هذا كله بيع وبيع الأب جائز على ابنه الصغير (وإن قال داري صدقة بيمين مطلقاً أو بغيرها ولم يعين لم يقض عليه بخلاف المعين) من المدونة قال ابن القاسم: من قال داري صدقة على المساكين أو على رجل بعينه في يمين فحنث لم يقض عليه بشيء، وإن قال ذلك في غير يمين وإنما بتله لله أجبره السلطان إن كان لرجل بعينه. عياض: على هذا اختصرها أكثر المختصرين أنه لا يقضى بها إلا إذا كان لرجل بعينه. وفي نوازل ابن الحاج: إن كانت الصدقة بغير يمين لغير معينين كالمرضى والمساكين ففيها قولان في حبس المدونة وفي الهبات منها. ومن المدونة قال مالك: من قال لمديان أنا أهبك فلا يلزمه. قال ابن القاسم: وأما ما أدخله في وعده فلازم كقوله زوج بنتك والصداق علي، فهذا الوعد يلزمه إلا أن يموت المعطي قبل القبض (وفي مسجد معين قولان) سئل مالك عن رجل تصدق أو وهب لمسجد بعينه، هل يجبر على إخراجها وإنفاذها؟ فقال: يجبر كمن تصدق على رجل بعينه. وقال ابن عبد الملك: يؤمر ولا يجبر وتوقف غيرهما وقال: لا أدري (وقضي بين مسلم وذمي فيها بحكمنا) من المدونة: يقضى بين المسلم والذمي في الهبات بحكم المسلمين، وإذا كانا ذميين فامتنع الواهب من دفع الهبة لم أعرض لهما، وليس هذا من التظالم الذي أمنعهم منه لأن كل أمر يكون بين مسلم وكافر فإنما يحكم بينهم بحكم الإسلام.

باب اللقطة

اللُّقَطَةُ: مَالٌ مَعْصُومٌ: عُرِّضَ لِلضَّيَاعِ، وَإِنْ كَلْباً،

كتاب اللقطة

ش: كلام الشارح في ضبطها فيه خلل وهي بضم اللام وفتح القاف هكذا ضبطها الأكثر وعليه استعمال الفقهاء وهو خلاف القياس، وبعضهم أنكر فتح القاف وزعم أنها بالسكون على الأصل وبعضهم رواها بالوجهين منهم ابن الأثير وقال: الفتح أصح. ومنهم ابن العربي وقال: السكون أولى والله أعلم. ص: **(مال معصوم عرض للضياع)** ش: الظاهر أن ضالة الإبل داخلة في هذا التعريف وهي ليست لقطة وكذلك الآبق. وقال في الذخيرة: لا يسمى لقطة ولا تجري عليه أحكام اللقطة ولذا حدها ابن عرفة بأنها مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً فيخرج الركاز وما بأرض الحرب، وتدخل الدجاجة وحمام الدور لا السمكة تقع في السفينة وهي لمن وقعت إليه. قاله ابن عات عن الشعباني. والأظهر في السمكة إن كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليه لجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها في ماء البحر فهو كما قال ابن شعبان في زاهيه وإلا فهي لرب السفينة. واعلم أن حده غير مانع لدخول التمر المعلق فيه وليس لقطة، فقول الجماعة معرض للضياع أحسن فتأمله والله أعلم. وحد الالتقاط قال ابن عرفة: هو أخذ مال ضائع ليعرفه سنة ثم يتصدق به أو

كتاب اللقطة

قال ابن شاس: في هذا الكتاب فصول: الأول في الالتقاط. الثاني في ذات اللقطة. الثالث في أحكام اللقطة. **(اللقطة مال معصوم عرض للضياع)** ابن شاس: اللقطة عبارة عن مال معصوم عرض للضياع كان في عامر البلد أو غامرها. ابن عرفة: هذا خلاف ظاهر المدونة، وذكر ابن عرفة اللقطة هي مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً. فيخرج الركاز وما في دار الحرب، وتدخل الدجاجة وحمام الدور ونحو ذلك إلا السمكة تقع في سفينة هي لمن وقعت إليه، والضالة نعم وجد بغير حرز محترماً، والآبق حيوان ناطق **(وإن كلباً)** ابن شاس: من وجد كلباً التقطه إن كان بمكان يخاف عليه. ابن عرفة: يخص هذا بالمأذون فيه لقول المدونة: من قتل كلباً من كلاب الدور مما لا يؤذي فلا شيء عليه لأنه يقتل ولا يترك، وإن كان مأذوناً في اتخاذه فعليه قيمته. هذا وجه قول ابن شاس وفيه مع هذا نظر لقولها من سرق كلباً صائداً أو غير صائد لم يقطع إلا أن يراعى درء الحد

وَفَرَساً وَحِمَاراً. وَرُد بِمَعْرِفَةِ مَشْدُودٍ فِيهِ، وَبِهِ، وَعدَدَهِ،

يتملكه إن لم يظهر مالكه بشرط الضمان إذا ظهر المالك انتهى. ص: (وفرساً وحماراً) ش: يريد وغير ذلك مما يصح لقطته. قال في لقطتها: ومن التقط دنانير أو دراهم أو حلياً مصوغاً أو عروضاً أو شيئاً من متاع أهل الإسلام فليعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا لم آمره بأكلها كثرت أو قلت، درهماً فصاعداً إلا أن يحب أن يتصدق بها، ويخير صاحبها إن جاء أن يكون له ثوابها أو يغرمها له فعل، وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه انتهى. وقوله «وليعرفها سنة» يأتي الكلام عليه في محله، وكذا «لم آمره بأكلها». وفي كتاب الضحايا من المدونة: ولا يصاد حمام الأبرجة ومن صاد منها شيئاً رده أو عرّف به إن لم يعرف ربه ولا يأكله، وإن دخل حمام برج لرجل في برج لآخر ردها إلى ربها إن قدر وإلا فلا شيء عليه. ومن وضع أجباحاً في جبل فله ما دخلها من النحل، ومن صاد طائراً في رجليه سباقان أو ظبياً في أذنيه قرطان أو في عنقه قلادة عرف بذلك ثم ينظر؛ فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع ولا توحش رده وما وجد عليه لربه، وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده دون ما عليه. فإن قال ربه ندّ مني منذ يومين وقال الصائد لا أدري متى ند منك، فعلى ربه البينة والصائد مصدق انتهى. وانظر قوله «فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع إلى آخره» فهل يجب تعريفه في هذه الصورة كاللقطة وهو الظاهر فتأمله. وقال في آخر كتاب الجامع من البيان: ما أوى إلى برج الرجل من حمام برج غيره فلم يعرفه بعينه أو عرفه ولم يقدر على أخذه، فلا بأس عليه فيه وإن عرف صاحبه. هذا ما لا اختلاف فيه أعلمه، واختلف إذا علمه وقدر على أخذه ولم يعرف صاحبه، وظاهر قوله في هذه الرواية أنه لا شيء عليه فيه وهو دليل قول ابن كنانة ونص قول ابن حبيب في الواضحة. وقد قيل: إنه يعرفه كاللقطة ولا يأكله وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم، حكى فضل عنه أنه قال: لا ينصب لشيء من حمام الأبرجة ولا يرمى ومن صاد منه شيئاً فعليه أن يرده أو يعرفه ولا يأكله، وحكم أفراخها إذا عرف عشها حكم ما عرفه وقدر على أخذه، فإن عرف صاحبه رده إليه، وإن لم يعرفه فعلى ما تقدم من الاختلاف انتهى. وانظر ما حكاه عن فضل فإنه نص المدونة وهذا ما تيسر جمعه الآن والله أعلم. ص: (ورد بمعرفة مشدود فيه وبه) ش: قال ابن الحاجب: ويجب ردها بالبينة أو بالإخبار بصفتها من نحو عفاصها ووكائها وهما المشدود فيه وبه. قال في التوضيح:

بالشبه (وفرساً وحماراً) اللخمي: البقر والخيل وسائر الدواب بحيث لا يخاف عليها من سبع ولا غيره لم تؤخذ وإلا أخذت وعرفت عاماً. انظر هذا في ابن عرفة من أسلم دابته في سفر آيساً منها فأخذها من عاشت عنده ومن ماتت راحلته بفلاة فأسلم متاعه فحمله رجل وما لفظه البحر من متاع المسلمين (ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وبعدده) من المدونة: من التقط لقطة فأتى رجل فوصف عفاصها ووكاءها وعدتها لزمه أن يدفعها إليه ويجبره السلطان على ذلك. أبو عمر: أجمعوا أن

بِلاَ يَمِينٍ، وَقُضِيَ لَهُ عَلَى ذِي الْعَدَدِ وَالْوَزْنِ، وَإِنْ وَصَفَ ثَانٍ وَصْفَ أَوَّلٍ، وَلَمْ يَبِنْ بِهَا: حَلَفَا، وَقُسِمَتْ: كَبَيِّنَتَيْنِ لَمْ يُؤَرِّخَا، وَإِلاَّ فَلِلأَقْدَمِ وَلاَ ضَمَانَ عَلَى دَافِعٍ بِوَصْفٍ، وَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ لِغَيْرِهِ، وَاسْتُؤْنِيَ بِالْوَاحِدَةِ، إِنْ جَهِلَ غَيْرَهَا لاَ غَلِطَ عَلَى الأَظْهَرِ،

أما ردها بالبينة فلا خلاف فيه ويجب أيضاً ردها عندنا بالإخبار بصفتها من نحو العفاص والوكاء للحديث، ثم فسرهما بقوله «وهما المشدود فيه» وبه فالأول للأول والثاني للثاني، وهذا هو المعلوم في اللغة وعليه أكثر الفقهاء، بل نقل صاحب الاستذكار الإجماع عليه. ونقل الباجي عن أشهب عكسه. والوكاء ممدود، وقيل مقصور. قيل: وهو غلط. وأشار بقوله «نحو عفاصها» إلى أن ما لا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالإخبار بصفاته الخاصة المحصلة للظن انتهى. ثم قال ابن الحاجب: وفي اعتبار عدد الدنانير والدراهم قولان. قال في التوضيح: القول الأول باعتباره لابن القاسم، والأخير لأصبغ، والأول أظهر. ثم قال ابن الحاجب: ويكتفى ببعض الصفات المغلبة للظن على الأصح ويستأنى في الواحدة. قال في التوضيح: أي يكتفى ببعض الصفات اثنين فصاعداً، دل على ذلك قوله «ويستأنى في الواحدة» والأصح لأشهب قال: إن عرف وصفين ولم يعرف الثالث دفع له، ومقابله لابن عبد الحكم قال: لو وصف تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها إلا في معنى واحد، أن يذكر عدداً فيصاب

العفاص الخرقة المربوط فيها وهي لغة ما يسد به فم القارورة، والوكاء الخيط الذي تربط به **(بلا يمين)** الباجي: هل يلزمه يمين إذا وصف العفاص والوكاء والعدد؟ المشهور أن لا يمين عليه، ووجهه أنه ليس هناك من ينازعه فيها ولا من ينازع عنه **(وقضي له على ذي العدد والوزن)** أصبغ: لو عرف واحد العفاص والوكاء ووصف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العفاص والوكاء. وكذلك لو لم يعرف إلا العفاص وحده **(وإن وصف ثان وصف أول ولم يبن بها حلفا وقسمت)** من المدونة: إن دفعها لمن عرف عفاصها ووكاءها ثم جاء آخر فوصف مثل ما وصف الأول أو أقام بينة أن تلك اللقطة كانت له، لم يضمنها لأنه دفعها بأمر يجوز له. اللخمي: وإن ادعاها رجلان واتفقت صفتهما اقتسماها بعد أيمانهما، فإن أخذها أحدهما بالصفة ثم أتى الآخر فوصف مثل الأول قبل أن يبين بها ويظهر أمرها قسمت بينهما، وإن ظهر أمرها لم يقبل قول الثاني **(كبينتين لم تؤرخا وإلا فللأقدم)** اللخمي: إن أقام الثاني بينة انتزعت من الأول إلا أن يقيم بينة فيقضى بأعدلهما، فإن تكافأتا بقيت للأول بالصفة. ابن عرفة: هذا في النوادر لأشهب وزاد: هذا إن لم تؤرخ البينتان وإن أرختا كانت لأولهما ملكاً بالتاريخ **(ولا ضمان على دافع بوصف وإن قامت بينة بغيره)** تقدم نص المدونة لأنه دفعها بأمر يجوز له **(واستؤني في الواحدة إن جهل غيرها)** أصبغ: لو عرف العفاص وحده وادعى الجهالة فيما سواه فليستبرىء ذلك، فإن لم يأت أحد أعطيها هذا كما في شرط الخليطين أوصافاً تجزىء وإن انخرم بعضها **(لا غلط على الأظهر)** ابن رشد: العفاص والوكاء إذا وصف أحدهما وجهل الآخر أو غلط فيه ففي ذلك ثلاثة أقوال، أعدل الأقاويل عندي أنه إن ادّعى الجهالة استبرأ أمره،

وَلَمْ يَضُرَّ جَهْلُهُ بِقَدْرِهِ، وَوَجَبَ أَخْذُهُ لِخَوْفِ خَائِنٍ:

أقل منه لاحتمال أن يكون قد اغتيل فيه انتهى. وهذا أيضاً يستفاد من قول المصنف بعد «واستؤني في الواحدة إن جهل غيرها لا غلط على الأظهر». وفي الشامل: ودفع لمن عرف وصفين دون ثالث. وقيل: إن أخطأ واحداً من عشرة لم يعطه إلا في عدد يوجد أقل، ولو عرف واحداً من عفاص ووكاء فثالثها الأظهر لا شيء له إن غلط في الآخر واستؤني به في الجهل، ولو أخطأ في وصفه ثم أصاب لم يعطه ولا يضره الغلط في زيادة العدد إن عرف العفاص والوكاء وفي نقصه قولان انتهى.

مسألة: قال في النوادر: باب في الصبي الصغير تدعي أمه أنه التقط دنانير. ومن كتاب سحنون: وكتب شجرة إلى سحنون في امرأة أتت بابن لها صغير معه أربعة دنانير فزعمت أنه التقطها من الطريق في غير صرة فرفعتها على أيدي أناس فأتى من ادعاها ووصف سكة بعض الدنانير ولم يصف البعض فكتب إليه: الأم مقرة بأن الصبي أصابها فليس لها أن تقر على غيرها، فأرى الدنانير للصبي، وما كان من لقطة معروفة فوصف المدعي لها بعضاً ولم يصف بعضاً فلا شيء له. ص: **(ووجب أخذه لخوف خائن إلى قوله على الأحسن)** ش: حاصل ما ذكره المؤلف أنه إن خاف عليها أن يأخذها خائن وجب عليه الالتقاط إلا أن يعلم من نفسه هو الخيانة فيحرم، سواء خشي عليها أن يأخذها خائن أو لم يخش وإلا كره أي وإن لم يخف عليها خائناً ولا علم من نفسه الخيانة فيكره له الالتقاط على الأحسن. هذا حل كلامه وفيه أبحاث: الأول: كلامه يقتضي أنه إذا لم يتحقق من نفسه الأمانة ولا الخيانة وخاف عليها الخونة وجب عليه الالتقاط، وهو مخالف لما قاله ابن الحاجب وقرره المصنف في التوضيح من أن الذي لا يتحقق من نفسه يكره له الالتقاط وإنما جعل وجوب الالتقاط إذا تحقق من نفسه

وإن ادّعى الغلط لم يكن له شيء **(ولم يضر جهله بقدرها)** ابن رشد: أما جهله بالعدد فلا يضره إذا عرف العفاص والوكاء، وكذلك غلطه فيه بالزيادة لا يضره، واختلف في غلطه بالنقصان. **(ووجب أخذه لخوف خائن)** ابن عرفة: في حكم أخذ اللقطة اضطراب. ابن رشد: يلزم أن يؤخذ اللقيط ولا يترك لأنه إن ترك ضاع وهلك، ولا خلاف بين أهل العلم في هذا، وإنما اختلفوا في لقطة المال على ثلاثة أقوال. وهذا الاختلاف إنما هو إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والإمام عدل لا يخشى أن يأخذها إن علم بها بعد تعريفه إياها، وأما إن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عدل فأخذها عليه واجب قولاً واحداً. ولو كانت بين قوم مأمونين والإمام غير عدل لكان الاختيار أن لا يأخذها قولاً واحداً، ولو كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عدل لكان مخيراً بين أخذها وتركها، وذلك بحسب ما يغلب على ظنه من أكثر الخوفين وهو أيضاً أعني هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج لنهي رسول الله ﷺ عنها مخافة أن لا يجد ربها لتفرق الحاج إلى بلدانهم، فإن التقطها وجب عليه في تعريفها ما يجب في سواها. اللخمي: إن كانت بين قوم غير مأمونين كان حفظها واجباً لأن حفظ

لاَ إِنْ عَلِمَ خِيَانَتَهُ هُوَ فَيَحْرُمُ، وَإِلاَّ كُرِهَ عَلَى الأَحْسَنِ،

الأمانة وخاف عليها الخونة فتأمل ذلك. الثاني: نقل في التوضيح في القسم المكروه في كلام المؤلف الذي فيه الأحسن ومقابله وهو ما إذا لم يخف عليها الخيانة وعلم من نفسه الأمانة أن ابن رشد قيد الخلاف بأن يكون الإمام عدلاً، فإن كان غير عدل فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقاً. وكذا قيد قسم الوجوب وهي ما إذا كانت بين قوم غير مأمونين بكون الإمام عدلاً لا يخشى أن يأخذها إذا علم بها بتعريفه إياها. قاله في المقدمات. أما إذا كان غير عدل فقال: يخير بين أخذها وتركها بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الطرفين فتأمله. ونص كلام التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: والالتقاط حرام على من يعلم خيانة نفسه، ومكروه للخائف، وفي المأمون الكراهة والاستحباب فيما له بال، والوجوب إذا خاف عليها الخونة يعني أن حكم اللقطة يختلف بحسب حال الملتقط. وجعل يعني ابن الحاجب الأقسام ثلاثة: أولها أن يعلم من نفسه الخيانة فيكون التقاطها عليه حراماً، وثانيها أن يخاف أن يستفزه الشيطان ولا يتحقق فيكون مكروهاً، وثالثها أن يثق بأمانة نفسه وقسم هذا إلى قسمين: الأول أن يكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليها الخونة، والثاني أن يخافهم فإن خافهم وجب الالتقاط وحكى عليه الاتفاق، وإن لم يخف فثلاثة أقوال لمالك: الاستحباب والكراهة والاستحباب فيما له بال. وقيد ابن رشد هذا الخلاف بأن يكون الإمام عدلاً، وإن كان غير عدل وكانت بين قوم مأمونين فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقاً، وإن كانت بين قوم غير مأمونين فيخير بين أخذها وتركها انتهى. وزاد في المقدمات: وذلك بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الخوفين انتهى. فهذا الأخير تقييد لما أطلقه المصنف في نقل قسم الوجوب، بل نقل القرافي عن اللخمي أنه يحرم أخذها إذا كان الإمام غير مأمون إذا أنشدت أخذها انتهى. الثالث قوله «على الأحسن» فيه ترجيح القول بالكراهة وهو الذي اقتصر عليه في الشامل.

تنبيهات: الأول: قال في المقدمات بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة: وما قيدها به وهو أيضاً أعني هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج لنهي رسول الله ﷺ عنها، ومعنى نهيه عنها مخافة أن لا يجدها ربها لتفرق الحاج في بلدانهم المختلفة فتبقى في ضمانه فلا ينبغي لأحد أن يلتقط لقطة الحاج للنهي الوارد في ذلك عن النبي عليه السلام، فإن التقطها وجب عليه من تعريفها

أموال الناس وإلا تضيع واجب (**لا إن علم خيانته هو فيحرم**) اللخمي: إن كان السلطان غير مأمون ومتى أنشدت وعرفت أخذها منع من وجدها أن يعرض لها، وكذلك إن استفتى عن ذلك من ليس بمأمون ويخشى إن صارت إليه أن يستفزه الشيطان بعد أخذها فيقال له لا تقربها (**وإلا كره على الأحسن**) اللخمي: إن كان الواجد لها مأموناً ولا يخشى سلطان الموضع إن أنشدها أن يأخذها وهي بين ناس لا بأس بحالهم ولها قدر، كان أخذها وتعريفها مستحباً، وإن كانت حقيرة كره له أخذها

وَتَعْرِيفُهُ سَنَةً، وَلَوْ كَدَلْوٍ، لاَ تَافِهاً،

ما يجب في سواها انتهى. وهذا والله أعلم في غير المحل الذي يجب فيه الالتقاط، بل صريح كلامه أنه في غير محل الوجوب لأنه تقييد للثلاثة الأقوال وهي إنما هي في غير قسم الوجوب فهي داخلة في قول المؤلف «وإلا كره» إلا أن الكراهة فيها أقوى فتأمله والله أعلم.

التنبيه: الثاني: قال ابن عبد السلام بعد أن حكى الأقوال الثلاثة: والأظهر إن كان مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط ولا يعد علمه بخيانة نفسه مانعاً وأحرى خوفه ذلك لأنه يجب عليه ترك الخيانة والحفظ للمال المعصوم. وقصارى الأمر أن من يأمن على نفسه الخيانة فقد توجه عليه الخطاب بالحفظ وحده، ومن يعلم من نفسه الخيانة وجب عليه أمران: الحفظ وترك الخيانة. وبعد تسليم هذا فالأظهر من الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب لو قيل به لوجوب إعانة المسلم عند الحاجة والقدرة على الإعانة. انتهى وكلامه حسن رحمه الله.

التنبيه الثالث: قال في الذخيرة: كل فعل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره كإنقاذ الغريق أو إزاحة الأذى عن الطريق فهو على الكفاية، وما تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الأعيان كالصلاة والصوم. وقد تقدم بسط هذه القاعدة في مقدمة هذا الديوان. فعلى هذا يتجه الأخذ ووجوبه عند تعين هلاك المال، وعند تعين الهلاك بين الأمناء يكون فرضاً على الكفاية إذا خافوا غيرهم على اللقطة، ومندوباً في حق هذا المعين بخصوصه كما قلت في صلاة الجنازة وغيرها أصلها فرض على الكفاية وفعل هذا المصلى المخصوص يندب ابتداء، فإذا شرع اتصف بالوجوب. انتهى فتأمله. ص: **(وتعريفه سنة الخ)** ش: تصوره واضح.

مطلقاً، وقد تقدم قول ابن رشد: لو كانت بين قوم مأمونين والإمام غير عدل لكان الاختيار أن لا يأخذها قولاً واحداً **(وتعريفه سنة)** من المدونة قال مالك: من التقط دنانير أو دراهم أو حلياً مصوغاً أو عرضاً أو شيئاً من متاع أهل الإسلام فليعرفها سنة، فإن جاء صاحبها أخذها وإلا تم أمره بأكلها، كثرت أو قلت، درهم فصاعداً إلا أن يحب بعد السنة أن يتصدق بها ويخير صاحبها إن جاء في أن يكون له ثوابها أو يغرمها. قال ابن القاسم: وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه اليسير **(ولو كالدلو لا تافهاً)** سمع ابن القاسم: لقطة مثل الدلو والحبل والمخلاة وشبه ذلك إن وجد بطريق وقع بأقرب موضع إليه وإن بمدينة عرف وانتفع به، والصدقة به أحب إلي. وقال ابن رشد: القسم الأول من أقسام اللقطة هو ما يخشى عليه التلف إن ترك، ويبقى في يد ملتقطه إن التقطه، فإن كان يسيراً جداً لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته فإن هذا لا يعرف وهو لواجده إن شاء أكله وإن شاء تصدق به. أصله ما روي أن رسول الله ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال: لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها. ولم يذكر فيها تعريفاً. وقد قاله أشهب في الذي يجد السوط والعصا أنه يعرفه، فإن لم يفعل فأرجو أن يكون خفيفاً، وإن كان يسيراً إلا أن له قدراً ومنفعة وقد يشح به صاحبه فيطلبه فهذا لا خلاف في وجوب تعريفه. وظاهر ما حكاه ابن القاسم عن مالك في

بِمَظَانٌ طَلَبِها:

تنبيهات: الأول: يجب التعريف عقب الالتقاط. قال ابن الحاجب: ويجب تعريفها سنة عقيبه. قال في التوضيح أي عقب الالتقاط، وظاهره لو أخر التعريف يضمن. وفي اللخمي: إن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها فهلكت ضمنها انتهى. وينبغي أن لا يتقيد بالسنة اهـ. وقال ابن عبد السلام: والضمير من قوله «عقيبه» راجع إلى الالتقاط المفهوم من السياق ولا يؤخر التعريف فإن ذلك داعية إلى إياس ربها فلا يتعرض إلى طلبها، فإن ترك تعريفها حتى طال ضمنها. كذا قال بعض الشيوخ: نقلت كلامه على ما فهمت. انتهى. وفي معين الحكام.

فرع: وإذا أمسك الملتقط اللقطة سنة ولم يعرفها ثم عرفها في الثانية فهلكت ضمنها، وكذلك إن هلكت في السنة الأولى ضمنها إذا تبين أن صاحبها من الموضع الذي وجدت فيه، وإن كان من غيره فغاب بقرب ضياعها ولم يقدم في الوقت الذي ضاعت فيه لم يضمن انتهى.

الثاني: قوله «لا تافهاً» مقابل لقوله «تعريفه لا بقيد السنة» ويعني أن التافه لا يعرف ولم يقل له أكله، لأن إباحة الأكل لا تنافي سقوط الضمان كالكثير بعد السنة بخلاف عدم التعريف فإنه مناف للضمان ونحوه لابن عبد السلام.

الثالث: جزم المؤلف بأن الكثير وما دونه من فوق التافه يعرف لسنة، أما الكثير فلا خلاف فيه، وأم ما دون الكثير وفوق التافه وهو المشار إليه بقوله «كدلو»، فحكى ابن الحاجب فيه قولين: تعريفه سنة وتعريفه أياماً مظنة طلبه ورجح في التوضيح ونصه: قال ابن الحاجب: وأما ما فوقه من نحو مخلات ودلو فقيل يعرف أياماً مظنة طلبه، وقيل سنة كالكثير. قوله «فوقه» أي فوق التافه ودون الكثير مما يشح به صاحبه ويطلبه. ابن رشد: ولا خلاف في وجوب تعريفه إلا أنه يختلف في حده؛ فقيل سنة كالذي له بال وهو ظاهر رواية ابن القاسم في المدونة، وقيل لا يبلغ به الحول وهو قول ابن القاسم من رأيه في المدونة أيضاً ورواية عيسى عن ابن وهب في العتبية في مثل الدريهمات والدنانير أنه يعرف ذلك أياماً. ابن عبد السلام: وتأول المدونة بعضهم على القول الأول من كلام المصنف وهو الذي عليه الأكثر من أهل

المدونة أنه يعرفه سنة. وقال ابن وهب: إنما يعرفه أياماً وهو قول ابن القاسم وروايته في المدونة: قال مالك: من التقط ما لا يبقى من الطعام فأحب أن يتصدق به كثر أو قل. قال ابن رشد: فإن أكله لم يضمنه لربه كالشاة يجدها في الفلاة إلا أن يجده في غير فيفاء فإنه يبيعه ويعرف به، فإن جاء ربها دفع إليه الثمن **(بمظان طلبها)** من المدونة: يعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد. قال ابن القاسم: ويعرف حيث يعلم أن صاحبها هناك أو خبره ولا يحتاج في ذلك إلى أمر الإمام. ابن يونس: إنما قال هذا لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والعون عليه فهذا منه. **(كباب المسجد)** سمع

بِكَبَابِ مَسْجِدٍ، فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةٍ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَنْ يَثِقُ بِهِ، أَوْ بِأُجْرَةٍ مِنْهَا، إِنْ لَمْ يُعَرِّفْ مِثْلُهُ وَبِالْبَلَدَيْنِ إِنْ وُجِدَتْ بَيْنَهُمَا، وَلاَ يُذْكَرُ جِنْسُهَا عَلَى الْمُخْتَارِ؛

المذهب وغيرهم انتهى. فترك المؤلف القول الذي عليه الأكثر. **ص: (بكباب مسجد) ش:** قال في المدونة: وتعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد وحيث يظن أن ربها هناك أو خبره انتهى. وفي سماع أشهب من كتاب اللقطة: وسألته يعني مالكاً عن تعريف اللقطة في المساجد فقال: لا أحب رفع الصوت في المساجد، وقد بلغني أن عمر بن الخطاب أمر أن تعرف اللقطة على أبواب المساجد، وأحب إليّ أن لا تعرف في المساجد، ولو مشى هذا إلى الحلق في المساجد يخبرهم بالذي وجد ولا يرفع صوته لم أر بذلك بأساً انتهى. وقال ابن الحاجب في الجوامع والمساجد: قال في التوضيح: ظاهره أن التعريف يكون فيها ولعل ذلك مع خفض الصوت، ويحتمل أن يكون على حذف مضاف أي في باب الجوامع والمساجد وهو أحسن لأنه كذلك في المدونة وغيرها وللحديث انتهى. وفي التمهيد: التعريف عند جماعة الفقهاء فيما علمت لا يكون إلا في الأسواق وأبواب المساجد ومواضع العامة واجتماع الناس انتهى. **ص: (أو بمن يثق به) ش:** ابن عبد السلام: ولا ضمان عليه إن ضاعت إذا دفعها إلى مثله في الأمانة انتهى. قاله في شرح قول ابن الحاجب وهي أمانة.

القرينان: يعرف اللقطة في المسجد قال: لا أحب رفع الصوت في المساجد وإنما أمر عمر أن تعرف على باب المسجد. ولو مشى هذا الذي وجدها إلى الحلق في المسجد يخبرهم ولا يرفع صوته لم أر به بأساً **(في كل يومين أو ثلاثة)** روى ابن نافع عن مالك: ينبغي للذي يعرف اللقطة أن لا يريها أحداً ولا يسميها بعينها لكي يعمى بذلك لئلا يأتي متخيل فيصفها بذلك بصفة العرف فيأخذها وليست له، ويعرفها في اليومين والثلاثة ولا يجب عليه أن يدع صنعته ويعرفها **(بنفسه أو بمن يثق به أو بأجرة منها إن لم يعرف مثله)** اللخمي: هو مخير بين أربع: بين أن يعرفها بنفسه، أو يدفعها إلى السلطان إذا كان عدلاً وكان لا يتشاغل عن تعريفها، أو إلى مأمون يقوم مقامه فيها، أو يستأجر عليها من يعرفها. وأجاز ابن شعبان أن يستأجر منها عليها يريد إذا لم يلتزم تعريفها وكان مثله لا يلي مثل ذلك. ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا دفع الملتقط اللقطة إلى غيره ليعرف بها فضاعت فلا شيء على الملتقط. وقاله ابن نافع عن مالك. قال ابن كنانة: وكذلك لو دفعها إليه ليعمل بها ما شاء. ابن يونس: وهذا بخلاف الوديعة التي لم يرض ربها إلا أمانته فلا يدفعها لغيره إلا من عذر، وذكر هذا عبد الوهاب عن مالك في فرقه، وذكر أيضاً أن من أثبت هلك لقطة بعد السنة قال مالك: هي في ذمته حراً كان أو عبداً. وأما قبل السنة فبين الحر والعبد فرق، هذا في ذمته وهذا في رقبته والجميع استهلاك **(وبالبلدين إن وجدت بينهما)** اللخمي: إن وجدت في طريق بين مدينتين عرفها في تينك المدينتين وكذلك القريتين أو المدينة والقرية **(ولا يذكر جنسها على المختار)** اللخمي: اختلف عن مالك هل يسمي جنس اللقطة إذا أنشدها وأن لا يسمي أحسن. انظر نقل ابن يونس عند قوله «في كل يومين» **(ودفعت لحبر**

وَدُفِعَتْ لِحَبْرٍ، إِنْ وُجِدَتْ بِقَرْيَةِ ذِمَّةٍ، وَلَهُ حَبْسُهَا بَعْدَهُ، أَوْ التَّصَدُّقُ، أَوِ التَّمَلُّكُ

تنبيه: ويخير في دفعها إلى الإمام إن كان عدلاً. قاله في المدونة ونقله في التوضيح. ص: (ودفعت لحبر إن وجدت بقرية ذمة) ش: هذه المسألة في سماع موسى من كتاب اللقطة ونصه: وسئل مالك عن اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمّة فقال: تدفع إلى أحبارهم. قال ابن رشد: هذا قول فيه نظر، إذ في الإمكان أن تكون لمسلم وإن كانت وجدت بين أهل الذمة فكان الاحتياط أن لا تدفع إلى أحبارهم إلا بعد التعريف بها استحساناً لغلبة الظن أنها لهم على غير قياس، فإذا دفعت إليهم بعد التعريف لها ثم جاء صاحبها غرموها له، وإنما كان يلزم أن تدفع ابتداء إلى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع أنهم يقولون إن من ديننا أن يكون حكم لقطة أهل ملتنا مصروفاً إلينا، وأما إذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع إلى أحبارهم وتكون موقوفة أبداً وبالله التوفيق. انتهى فتأمله والله أعلم. ص: (أو التصدق) ش: قال في الطراز في باب إخراج زكاة الفطر في السفر في تعليل المسألة: ولأنا نجوز للملتقط أن يتصدق باللقطة عن ربها ثم إنه إذا علم بها بعد ذلك ورضي جاز انتهى. فهذا هو المراد بالتصدق أن يتصدق بها عن ربها، وأما تصدقه بها عن نفسه فهو داخل في تملكه إياها والله أعلم.

تنبيه: قال في المدونة: وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه انتهى. قال أبو الحسن: الكراهة هنا على المنع لأن الشرع لم يأذن له انتهى. ص: (أو التملك ولو بمكة) ش: تصوره واضح وعبارة ابن رشد قوية إذ قال بعد أن حكى الخلاف في تملك اللقطة: وهذا الاختلاف إنما هو فيما عدا لقطة مكة، فأما مكة فقد ورد النص فيها أنها لا تحل لقطتها إلا لمنشد، فلا يحل له استنفاقها بإجماع وعليه أن يعرفها أبداً وإن طال زمانها. انتهى. فتأمله.

إن وجدت بقرية ذمة) ابن يونس: رُوي عن ابن القاسم في اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة قال: تدفع إلى أحبارهم. وانظر بعد هذا عند قوله «ومال الكتابي لأهل دينه». وانظر قبل هذا في الجزية عند قوله «إلا أن يموت بلا وارث فللمسلمين» ورأيت فتيا لابن أبي زيد فيمن غصب يهودياً ثم تاب وجهله: إن كان من أهل الصلح وهم معروفون دفعه إليهم، وإن لم يعلم أو كان من غير أهل ذلك البلد فلبيت المال، وله هو أن يتصدق به. وفي سماع أبي زيد: إذا كانت الفدية على الجماجم فالعاصب بيت المال. انظره في الوصايا (وله حبسها بعدها أو التصدق أو التملك) الجلاب: إن مضت السنة ولم يأت طالبها فهو مخير إن شاء أنفقها أو تصدق بها وضمنها أو حبسها ليأتي ربها. وقال اللخمي: ثبت في الحديث «عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها». وفي الصحيح «فإن لم يعرف فاستنفقها» وفي النسائي «فإن لم يأت صاحبها فهو مال لله يؤتيه من يشاء» فتضمنت هذه الأحاديث أن الحكم فيها بعد الحول خلافة قبله، وله أن يتصرف فيها لنفسه، والذي يقتضيه قول ابن القاسم في المدونة أن له أن ينتفع بها، غنياً كان أو فقيراً. وقال مالك في الذي اشترى كبة الخيوط من

فإنه مشكل والله أعلم. وفي الإكمال عن المازري عن مالك أن حكم اللقطة في سائر البلاد حكم واحد، وعند الشافعي أن لقطة مكة بخلاف غيرها. انتهى من كتاب الحج.

تنبيه: قال النووي في شرح مسلم: وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن التقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر إلى حكم حاكم ولا إذن سلطان وهذا مجمع عليه، وفيها أنه لا فرق بين الغني والفقير وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور والله أعلم انتهى. وفي التمهيد: أجمعوا على أن للفقير أن يأكلها بعد الحول وعليه الضمان. واختلفوا في الغني فقال مالك: أحب أن يتصدق بها بعد الحول ويضمنها. وقال ابن وهب قلت لمالك قال: إن شاء أمسكها وإن شاء تصدق بها وإن شاء استنفقها وإن شاء صاحبها أداها إليه. وقال الشافعي: يأكل اللقطة الغني والفقير بعد حول، وهذا تحصيل مذهب مالك وقوله انتهى.

مسألة: قال في سماع ابن القاسم من كتاب اللقطة: وسئل مالك عن اللقطة يجدها الرجل فيعرفها سنة فلا يجد صاحبها فيستنفقها ثم يحضره الوفاة فيوصي بها ويترك ديناً عليه ولا وفاء له كيف ترى؟ قال: أرى أن يحاص الغرماء بها أهل الدين بقدر ما يصيبها. ابن رشد: هذا كما قال لأن إقرار المديان بالدين عند مالك جائز لمن لا يتهم عليه كان إقراره في صحته أو مرضه، وإنما يفترق عند الصحة من المرض في رهنه وقضاء بعض غرمائه دون بعض وفي إقراره بالدين لمن يتهم عليه فلا يجوز شيء من ذلك في المرض. واختلف قوله في جواز ذلك في الصحة فمرة أجاز ذلك، ومرة لم يجزه، ومرة فرق فأجاز الرهن والقضاء ولم يجز الإقرار، ومرة أجاز القضاء خاصة ولم يجز الرهن ولا الإقرار. وأما إن أقر أنه استنفق اللقطة ولا دين عليه ولم يقم بذلك عليه حتى مات، فإن كان إقراره بذلك في صحته جاز ذلك من رأس ماله على ورثته، وإن كان إقراره في مرضه، فإن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس المال، وإن

المغنم بدرهم فوجد فيها صليب ذهب فيه سبعون مثقالاً أن له أن يحبسه لنفسه. قال ابن رشد: لأنه لما لم يمكنه قسمة ذلك على الجيش لافتراقه صار حكمه حكم اللقطة بعد التعريف واليأس من وجود صاحبها في جواز أكلها لملتقطها لقول النبي ﷺ «فشأنك بها» لأن مالكاً إنما كره له أكلها بعد التعريف مخافة أن يأتي صاحبها فيجده عديماً لا شيء له، ولو علم أنه لا يجد صاحبها أبداً لما كره له أكلها، وافتراق الجيش في هذه المسألة كاليأس من وجود صاحبها، وهذا في الأربعة الأخماس الواجبة للجيش، وأما الخمس فواجب عليه أن يضعه في مواضع الخمس. وقاس في نوازله على هذا حكم مستغرق الذمة بالحرام يتوب وما بيده ليس غير المغصوب وأرباب متاعه مجهولون قال: حكم ما بيده حكم اللقطة بعد التعريف وحكم كبة الخيوط قال: بل هذا في الجواز أحرى لأن أهل تباعته حقهم في ذمته لا في عين ما بيده بخلاف اللقطة وهذا الصليب. راجع النوازل (ولو بمكة) تقدم نص ابن رشد قبل قوله «ولا إن علم خيانته» وقال عياض: قول مالك وأصحابه أن لقطة مكة كغيرها، وكذلك قال

وَلَوْ بِمَكَّةَ ضَامِناً فِيهِما: كنيَّةِ أَخْذِهَا قَبْلَهَا

أوصى أن يتصدق بها عن صاحبها أو توقف له واختلف إن كان يورث بكلالة فقيل: إنه إن أوصى أن توقف وتحبس حتى يأتي صاحبها جازت من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق بها عنه لم يقبل قوله ولم تخرج من رأس المال ولا من الثلث، وقيل إنه يكون من الثلث، وقيل إنه إن كانت يسيرة جازت من رأس المال، وإن كانت كثيرة لم تكن في رأس المال ولا ثلث انتهى. وفي سماع عبد الملك من ابن وهب قال عبد الملك: سألت ابن وهب عن اللقطة يجدها الرجل فيستنفقها بعد السنة يقدم عليه الغرماء ولم يأت صاحبها، أترى أن يحاص بها الغرماء؟ قال: نعم أرى للسلطان أن يحاص بها الغرماء. وسألت أشهب فقال لي مثله إلا أنه لم يذكر السلطان. ابن رشد: ليس سكوت أشهب عن ذكر السلطان في هذا مخالفاً لما قاله ابن وهب، لأن السلطان هو الناظر فيها لصاحب اللقطة لكونه في منزلة الغائب إذ لا يعرف. ومعنى ذلك إذا علم إقراره باستنفاقه قبل أن يقوم عليه الغرماء أنه لا يجوز إقرار المفلس بعد التفليس لمعين معلوم فكيف لغائب مجهول انتهى.

مسألة: من كتاب اللقطة في سماع ابن القاسم: وسئل مالك عن رجل دخل حانوت رجل بزاز ليشتري منه ثوباً ثم خرج منه فاتبعه صاحب الحانوت فقال: يا أبا عبد الله هذا دينار وجدته في حانوتي ولم يدخل علي اليوم أحد غيرك، فعمد الرجل فافتقد ديناراً منها، أترى أن يأخذه؟ فقال مالك: لا أدري هو أعلم بيقينه، إن استيقن أنه ديناره فليأخذه. قيل له: التاجر يقول لم يدخل علي اليوم غيرك وقد افتقد الرجل من نفقته ديناراً. قال: إن استيقن أنه له فليأخذه. قال ابن رشد في قوله: «إن استيقن فليأخذه» دليل على أنه لا يأخذه إلا إن استيقن أنه له بزيادة على ما ذكره يحصل له بها اليقين أنه له، وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه أنه إذا لم يعترضه شك في أنه له فأخذه له سائغ حلال لأن الغالب على ظنه أنه له إذ قد افتقد ديناراً، ولو لم يعلم عدد نفقته لساغ له عندي أن يأخذه لقول صاحب الحانوت إنه لم يدخل علي اليوم أحد غيرك وإن كان التورع من أخذه أولى وأحسن. وكذلك لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت، فعد الرجل نفقته فافتقد ديناراً. وأما لو قال له هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت والرجل لا يعلم عدد نفقته، لما ساغ له أن يأخذه بالشك وبالله التوفيق. ص: (كنية أخذها قبلها) ش: قال الشارح بهرام في

المازري وابن القصار (ضامناً فيهما كنية أخذها قبلها) ابن الحاجب: هي أمانة ما لم ينو اختزالها فتصير كالمغصوب. ومن المدونة: إذا ضاعت اللقطة من الملتقط لم يضمن. قال أشهب وابن نافع: وعليه اليمين. قال ابن القاسم: وإن قال له ربها أخذتها لتذهب بها وقال هو بل لأعرفها صدق الملتقط. قال

....

الوسط: يعني أن الملتقط إذا نوى قبل السنة أكل اللقطة فإنه يضمنها يريد إذا ضاعت عنده وظاهره أنه يضمن بمجرد النية وفيه نظر، فإن أبا الحسن الصغير قال: المشهور أن النية بمجردها لا توجب شيئاً إلا أن يقارنها فعل انتهى. وما نقله عن أبي الحسن فليس هو في هذه المسألة إنما قاله في شرح قوله في المدونة: ومن التقط لقطة فبعد أن حازها وبان بها ردها بموضعها أو بغيره ضمنها، فأما إن ردها في موضعها مكانه ساعته كمن مر في أثر رجل فوجد شيئاً فأخذه وصاح به أهذا لك فيقول لا فتركه فلا شيء عليه، وقاله مالك في واجد الكساء بإثر رفقة فأخذه وصاح أهذا لكم فقالوا لا فرده قال: قد أحسن في رده ولا يضمن. قال أبو الحسن: قوله «ليعرفها» انظر هل تعريفاً عاماً الذي هو السنة أو تعريفاً خاصاً كواجد الكساء؟ عياض: اختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم فقيل: إن الثانية بخلاف الأولى وإنه ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها، والثانية لم يأخذها بنية التعريف فالقرب والبعد سواء في ذلك. وحكى ذلك عبد الوهاب، وتأوّل آخرون أن مذهب ابن القاسم أنه لا يضمن إذا ردها بالقرب يعني إذا أخذها بنية التعريف وإليه نحا اللخمي: فحاصله أن قوله من أخذ لقطة المسألة وقوله «فأما إن ردها في موضعها مكانه» اختلف في تأويله، فذهب بعض الشيوخ إلى أنه إنما ضمنها في الأولى إذا لم يردها بالقرب لقولها فبعد أن حازها وبان بها، ولم يضمنه في الثانية لأنه ردها بالقرب وهذا تأويل اللخمي. وذهب غيره إلى أنه إنما ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها فلا فرق في ذلك بين القرب والبعد، وفي الثانية لم يأخذها بنية تعريف العام، وهذا تأويل ابن رشد. الشيخ: وهل توجب النية بمجردها شيئاً أم لا؟ فالمشهور أنها لا توجب شيئاً لقوله عليه الصلاة والسلام «ما لم تعمل أو تتكلم» فمن نوى قربة فلا تلزمه بمجرد النية إلا أن يقارنها قول كالنذر أو الشروع في العمل، ثم هذا العمل إما أن يكون مما لا يتجزأ كصوم يوم أو صلاة فهذا يلزم إتمامه بالشروع وإن كان مما يتجزأ كالجوار وقراءة أحزاب أو نوى إطالة القيام في الركوع بدا له فيما شرع فيه لزم، وما لم يأت ليس فيه إلا مجرد النية فلا يلزمه والتعريف مما يتجزأ فليس فيما يأتي إلا مجرد النية فانظر. انتهى فتأمله. وقال البساطي: أي وكذلك يضمن الرجل إذا نوى لما وجد اللقطة أن يأخذها تملكاً وكانت هذه النية قبل وضع اليد عليها فإنه يضمن بهذه النية كالغاصب انتهى. وإن قلت: حملت اللفظ على ما لا يحتمل. قلت: بل يحمل، وغاية ما يورد أني غيرت الأخذ حتى يصح المعنى المنصوص وقدرت مضافاً محذوفاً بعد «قبل» أي قبل قبضها لأجل ذلك، وما حمله عليه الشارح أوّلاً لا يصح معنى ولا نقلاً انتهى. فما قاله الشيخ بهرام هو ظاهر كلام المؤلف، وقد علمت ما في قوله «وظاهره إلى آخره» واحتجاجه بكلام أبي الحسن وأن ذلك ليس في هذه المسألة، وسيأتي كلام ابن عرفة بأنه يجب الضمان في هذه المسألة اتفاقاً فيبقى كلام المصنف على ظاهره والله أعلم. وأما البساطي فأول كلام المصنف ليوافق ما قاله ابن رشد في المقدمات

....

فإنه إنما ذكر الضمان إذا أخذها بنية تملكها. وقال ابن الحاجب: وهي أمانة ما لم ينو اختزالها فتصير كالمغصوب. قال الشيخ في التوضيح: هو ظاهر تصوراً وتصديقاً. وقال ابن عبد السلام: يعني أن اللقطة بيد ملتقطها على حكم الأمانة بمقتضى حكم الشرع وإن قبضها بغير إذن مالكها ما لم ينو اغتيالاً وغصباً، فإن نوى ذلك ضمنها كما يضمن الغاصب، وهذا بين إذا كانت هذه نيته حين التقطها، وإن حدثت له هذه النية بعد الالتقاط جرى ذلك على تبدل النية مع بقاء اليد انتهى. قال ابن عرفة بعد نقل كلام ابن عبد السلام. قلت: يرد بأن القول بلغو أثر النية إنما هو مع بقاء اليد كما كانت لا مع تغير بقائها عما كانت بوصف مناسب لتأثير النية، ويد الملتقط السابقة عن نية الاغتيال كانت مقرونة بالتعريف أو العزم عليه وهي بعدها مقرونة بنقيض ذلك فصار ذلك كالفعل فيجب الضمان اتفاقاً انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: الأظهر أنه ينظر لحال المدعى عليه كالغصب انتهى. وكذلك هو صريح في عبارة الشامل ونصه: ولو نوى أكله قبل العام ضمنه إن تلف انتهى. وهو ظاهر عبارة ابن الحاجب أيضاً، فكلام المؤلف على ظاهره ولا يحتاج لتأويل على ما قاله البساطي.

فرع: قال في كتاب الزكاة من التوضيح: وأما ملتقط اللقطة فلا زكاة عليه إن لم ينو إمساكها لنفسه، وإن نوى ذلك ولم يتصرف ففي ضمانه قولان، والقول بعدم ضمانه لابن القاسم. المجموعة: وإن تصرف فيه ضمنه بلا خلاف انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة ونصه: وفي صيرورتها ديناً على ملتقطها لإرادة أكلها أو بتحريكه نقلا الشيخ عن سحنون مع المغيرة وعن ابن القاسم في المجموعة، وعزا ابن رشد الأول لروايتي ابن القاسم وابن وهب عن مالك انتهى. والمسألة في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب الزكاة والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام: قال أشهب: ولو ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها فالقول قول المتلقط أنه التقطها ليعرف بها بغير يمين انتهى. وما عزاه لأشهب هو في المدونة ونصها: وإن ضاعت اللقطة من الملتقط لم يضمن. ابن يونس: قال أشهب وابن نافع: وعليه اليمين، ومذهب الكتاب في هذا لا يمين عليه إلا أن يتهم. وقاله ابن رشد. انتهى من أبي الحسن ونحوه في التوضيح. ثم قال في المدونة: وإن قال له ربها أخذتها لتذهب بها وقال هو بل لأعرفها صدق الملتقط. ابن يونس: قال أشهب: بلا يمين انتهى. وقال ابن رشد في المقدمات: ولا يعرف الوجه الذي التقطها عليه إلا من قبله، فإن تلفت عنده أو ادعى تلفها وادعى أنه أخذها ليحرزها على صاحبها فهو مصدق دون يمين إلا أن يتهم، وسواء أشهد حين التقطها أو لم يشهد على مذهب مالك لأن الإشهاد مستحب انتهى. وقال في التوضيح: ولا يلزم الإشهاد عليها حال التقاطها خلافاً لبعض الحنفية انتهى. ص: (وردها

وَرَدُّهَا بَعْدَ أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ، إلاَّ بِقُرْبٍ: فَتَأْوِيلاَن، وَذُو الرِّقِّ كَذٰلِكَ، وَقَبْلَ السَّنَةِ فِي رَقَبَتِهِ

بعد أخذها للحفظ إلا بقرب فتأويلان) **ش:** تصوره واضح. قال ابن الحاجب: فإن أخذها ليحفظها ثم ردها ضمنها. قال ابن عبد السلام: ولا شك أن هذه المسألة إنما تتفرع على القسم المختلف فيه انتهى. يعني من أقسام الالتقاط وما قاله ظاهر، لأن القسم الذي يحرم فيه الالتقاط هو مأمور بالرد، والقسم الذي يجب يضمن بمجرد تركها، وقد علمت كلام المدونة والتأويلين عليه فيما سبق فلا حاجة إلى الإعادة. وقول المؤلف «بعد أخذها للحفظ» احتراز مما إذا أخذها لا بنية الحفظ ولا بنية اغتيالها فإنه لا يضمن إذا ردها بالقرب بلا خلاف، ويضمن إذا ردها بعد البعد. قال أبو الحسن: قال عياض: لا خلاف إذا أخذها بغير نية التعريف كأخذ الكساء أنه غير ضامن إذا ردها لموضعها في الحين انتهى. وقال في المقدمات: واجد اللقطة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يأخذها ولا يريد التقاطها ولا اغتيالها. والثاني أن يأخذها ملتقطاً لها. والثالث أن يأخذها مغتالاً لها. فأما الأول فهو مثل أن يجد ثوباً وهو يظنه لقوم بين يديه يسألهم عنه، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه فيه. قاله ابن القاسم في المدونة ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصر في يده ولا تعدى عليه وإنما أعلم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة. وهذا إذا ردها بالقرب، وأما إن ردها بعد طول فهو ضامن انتهى. والقسمان الباقيان تقدما في كلام المؤلف والله أعلم. **ص: (وذو الرق كذلك وقبل السنة في رقبته)** **ش:** يعني ذو الرق إذا التقط لقطة فعليه أن يعرفها سنة، فبعد السنة إن أكلها أو تصدق بها ضمنها في ذمته، وهذا معنى قوله «كذلك». وقوله «وقبل السنة في رقبته» واضح. قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: وليس لسيده منعه من التعريف لأن التعريف يصح حين تصرفه لسيده ولا يقطعه ذلك عن بيعه

أشهب: بلا يمين **(وردها بعد أخذها للحفظ إلا بقرب فتأويلان)** من المدونة قال ابن القاسم: من التقط لقطة بعد أن حازها وبان بها ردّها لموضعها أو لغيره ضمنها، وأما إن ردها في موضعها مكانه في ساعته كمن مر في أثر رجل فوجد شيئاً وأخذه وصاح به أهذا لك فيقول لا فيتركه، فلا شيء عليه، وقاله مالك في واجد الكساء في أثر رفقة فأخذه وصاح به أهذا لكم فقالوا لا فردّه قال: قد أحسن في ردّه ولا يضمن. ابن رشد: هذا إن ردّه بالقرب، وأما إن ردّه بعد طول فهو ضامن. وقال عياض في مسألة الكساء: إنه لا خلاف فيه لأنه أخذه بغير نية التعريف. قال: واختلف إذا أخذ اللقطة بنية التعريف ثم بدا له فردّها بالقرب، واختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم؛ فقيل إنه بخلاف الأول وإنه ضامن لأنه إنما أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها، وتأول آخرون أن مذهب ابن القاسم أنه لا يضمن إذا ردّها بالقرب **(وذو الرق كذلك وقبل السنة في رقبته)** اللخمي: إذا التقط العبد اللقطة عرفها وليس لسيده منعه. قال في المدونة: وإن استهلكها قبل السنة كانت في رقبته وإن استهلكها بعد

وَلَهُ أَكْلُ مَا يَفْسُدُ وَلَوْ بِقَرْيَةٍ وَشَاةٍ: بِفَيْفَاءَ:

لسيده، ولسيده أن ينتزعها ويوقفها على يدي عدل لئلا يخاف عليها أن تتلف أو يتصرف فيها العبد، وإن كان غير مأمون كان أبين أن توقف على يدي عدل انتهى. وإذا كانت في ذمته فليس لسيده أن يسقطها. قاله اللخمي أيضاً. قال في النوادر: قال مالك في العبد مستهلك اللقطة قبل السنة إنها في رقبته. قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ: سواء أكلها أو أكل ثمنها أو تصدق بها أو وهبها. قال أشهب وابن المغيرة: وكذلك المدبر فإن أسلم سيده خدمته فيها أخدمه فيها ثم عاد إلى ربه، فإن مات ربه قبل استيفاء ربها قيمتها من خدمته عتق في ثلث سيده واتبع بما بقي، قال أشهب: وإن كان مكاتباً فهي في رقبته إما أن يؤدي قيمتها وإلا عجز ثم خير ربه في إسلامه بها عبداً أو افتدائه ويبقى له عبد أو إن استهلكها بعد السنة فهي في ذمته، وكذلك المدبر وأم الولد وإن استهلكت أم الولد قبل السنة فكالجناية يضمن سيدها الأقل من قيمتها أو قيمة اللقطة انتهى. ص: **(وله أكل ما يفسد)** ش: ظاهره من غير تعريف أصلاً وهو ظاهر كلام ابن رشد وابن الحاجب، وفي المدونة ما يدل على التعريف ونصه. ومن التقط ما لا يبقى من الطعام فأحب إليه أن يتصدق به كثر أو قل، ولم يؤقت مالك في التعريف به وقتاً فإن أكله أو تصدق به لم يضمنه لربه انتهى. وقال في الشامل: والتصدق به أولى ولا ضمان على الأصح، وثالثها إن تصدق به لا أكله انتهى. وظاهر كلام المؤلف كان له ثمن أم لا وليس كذلك، فقد صرح ابن رشد بأنه إذا كان له ثمن بيع ووقف ثمنه ذكره في أول سماع عيسى من كتاب الضحايا وتقدم كلامه برمته في الضحايا فراجعه والله أعلم. ص: **(وشاة بفيفاء)** ش: عطف الشاة على ما يفسد ولم يشبه الشاة به كما فعل ابن الحاجب، ولا شبهه بالشاة كما فعل في المدونة لأن كل واحد منهما أصل ورد فيه حديث. أما الشاة فالحديث المشهور «هي لك

السنة لم تكن إلا في ذمته. ابن يونس: ولم يكن لمولاه أن يسقطها عنه لأن صاحبها لم يسلط يده عليها ولولا الشبهة لكانت في رقبته. قال ابن القاسم: وإنما جعلها بعد السنة في ذمته لقوله عليه الصلاة والسلام «عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» فاختلف الناس في تأويل «فشأنك بها».

(وله أكل ما يفسد ولو بقرية وشاة بفيفاء) تقدم كلام ابن رشد عند قوله: «لا تافهاً» ونص المدونة: من وجد ضالة بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى إليه ولا يأكلها، وإن كانت في فلوات الأرض والمهامه أكلها ولا يعرف بها ولا يضمن لربها شيئاً. وقال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغنمه فهي كاللقطة يتصدق بها أو بثمنها، يريد بعد السنة، فإن جاء ربها ضمنها له وله شرب لبنها وهذا خفيف لأنه يرعاها ويتفقدها، وقال مالك: إذا وجد الغنم في أقرب العمران فعرفها فلم يأت ربها فالصدقة بثمنها أحب إلي من الصدقة بها، وكذلك الاستيناء بثمنها وليس بواجب ونسلها مثلها. وأما اللبن والزبد فإن كان بموضع لذلك ثمن فليبع ويصنع بثمنه ما يصنع بثمنها، وإن

كَبَقَرٍ بِمَحَلِّ خَوْفٍ؛ وَإِلاَّ تُرِكَتْ كَإِبِلٍ، وَإِنْ أُخِذَتْ: عُرِّفَتْ، ثُمَّ تُرِكَتْ بِمَحَلِّهَا، وَكِرَاءُ بَقَرٍ وَنَحْوِهَا فِي عَلَفِهَا: كِرَاءً مَضْمُوناً:

أو لأخيك أو للذئب» وأما ما يفسد فجرى ذكره في حديث الثمرة وغيره والله أعلم. وقوله «بفيفاء» يعني لا عمارة فيه لكونه يخشى عليها فيه السباع، وترك المؤلف شرطاً آخر ذكره ابن الحاجب وهو كونه يعسر حملها، وأقره في التوضيح فقال ابن عبد السلام: والثاني لم يذكره في المدونة، وظاهر كلام المؤلف يعني ابن الحاجب أنه لو لم يعسر حملها للزمه حملها ولم يجز له أن يأكلها انتهى. وإذا أكلها بالفيفاء فلا ضمان عليه فيها. قاله في المدونة. وقوله «بفيفاء» احترز به مما لو وجدها في القرية أو بقرب العمران فإن عليه أن يعرفها. قال في المدونة: ومن وجد ضالة غنم بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى إليها ولا يأكلها، وإن كانت في فلوات الأرض والمهامه أكلها ولا يعرف بها ولا يضمن لربها شيئاً انتهى.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغنمه فهي كاللقطة يتصدق بها أو بثمنها يريد بعد السنة فإن جاء ربها ضمنها له انتهى.

فرع: قال في التوضيح: فلو ذبحها في الفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنياً كان أو فقيراً. أصبغ: ويصير لحمها وجلدها مالاً من ماله ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يأتي ربها وهي في يديه فيكون أحق بها، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة يعرفها وإن أتى ربها أخذها. اللخمي: يريد ويعطيه أجرة نقلها انتهى. ص: (كإبل) ش: ظاهره أن هذا في جميع الأزمان. قال في المقدمات: وهو ظاهر قول مالك في المدونة وفي سماع أشهب من

كان له قيام وعلوفة فله أن يأكل منه بقدر ذلك، وأما بموضع لا ثمن له فليأكله. وأما الصوف والسمن فليتصدق به أو بثمنه. قال مالك: فإن تصدق بها أو بثمنها ثم جاء ربها فلا شيء له بخلاف المال. اهـ. نقل ابن يونس. ولابن رشد إثر نقله كلام سحنون ما نصه: له شرب لبنها قدر قيامه بها وما زاد على ذلك كلقطة طعام يفرق بين قليله وكثيره. قال ابن رشد: ولا فرق بينها وبين نتاجها. ولابن رشد أيضاً: خفف مالك أن يأخذ من لبنها بقدر قيامه عليها لأنه كالوصي في مال يتيمه والزائد على ذلك ماله قدر يشح به ربه كلقطة وما لا يشح به له أكله **(كبقر بمحل خوف وإلا تركت كإبل فإن أخذت عرفت ثم تركت بمحلها)** ومن المختلطة قال ابن القاسم: وضالة البقر إن كانت بموضع يخاف عليها من السباع والذئاب فهي كالغنم، وإن كانت لا تخاف عليها من السباع والذئاب فهي كالإبل. قال ابن القاسم: وإن وجد ضالة الإبل في الفلاة تركها، فإن أخذها عرفها سنة وليس له أكلها ولا بيعها، فإن لم يجدر بها فليخلها بالموضع الذي وجدها فيه **(وكراء بقر ونحوها في علفها كراء مأموناً)** اللخمي: ضالة البقرة والخيل وغيرها من الدواب يمنع من أخذها إذا كانت في موضع رعي وماء

وَرُكُوبُ دَابَّةٍ لِمَوْضِعِهِ؛ وَإِلاَّ ضَمِنَ، وَغَلاَّتُهَا دُونَ نَسْلِهَا، وَخُيِّرَ رَبُّهَا بَيْنَ فَكِّهَا بِالنَّفَقَةِ، أَوْ إِسْلاَمِهَا،

العتبية. وقيل: هو خاص بزمن العدل وصلاح الناس، وأما في الزمن الذي فسد فيه الناس فالحكم أن تؤخذ فتعرف، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها، فإن أيس منه تصدق به على ما فعله عثمان لما داخل الناس في زمنه الفساد وقد رُوي ذلك عن مالك انتهى. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وصحيح مذهب مالك عدم التقاطها مطلقاً انتهى. وظاهره أيضاً سواء كانت بموضع يخاف عليها السباع أم لا، لأنها لا تؤخذ. وقال في المقدمات: واختلف إن كانت الإبل بعيدة من العمران بحيث يخاف عليها السباع؛ فقيل إنها في حكم الغنم لواجدها أكلها، وقيل إنها تؤخذ فتعرف إذ لا مشقة في جلبها انتهى. وقال ابن عبد السلام: واختلف هل تلتقط حيث لا يؤمن عليها السباع انتهى. ونقله عنه في التوضيح ولم ينقله عن المقدمات والله أعلم. وظاهره أيضاً سواء كانت في العمران أو في الصحراء لإطلاقه. وقال ابن الحاجب: ولا تلتقط الإبل في الصحراء. قال في التوضيح: قوله «في الصحراء» نحوه في المدونة فيحتمل أن لا يكون له مفهوم لأنه خرج مخرج الغالب، ويحتمل أن يكون له مفهوم ثم هو محتمل للموافقة لأنه إذا امتنع التقاطها حيث يتوهم ضياعها فامتناعه حيث لا يتوهم أولى، ومحتمل للمخالفة فيكون معناه أنها تلتقط في العمران لسهولة وجدان ربها لها بخلاف ما إذا نقلها من الصحراء إلى العمارة فلا تتأتى معرفة ربها، ولأنها في العمران لا تجد ما تأكل فتهلك. ابن عبد السلام: والأول أسعد بظاهر المذهب، والثاني أقرب إلى لفظه انتهى. قوله في الحديث. مالك: ولها معها حذاؤها وسقاؤها. حذاؤها أخفافها لما فيها من الصلابة، وسقاؤها كرشها لكثرة ما تشرب فيه من الماء وتكتفي به الأيام، وكلاهما من مجاز التشبيه والله أعلم. ص: **(وغلتها دون نسلها)** ش: قال في المسائل الملقوطة: وأما منافع اللقطة وغلاتها

لا يخاف عليها سباع ولا ناس، فإن انخرم أحد هذه الوجوه أخذت، وليس لهذه صبر عن الماء كالإبل، فإن أخذت عرفت حولاً وإذا تكلف ذلك واجدها ولم يلحق صاحبها في الإنفاق عليها تلك المدة مضرة، فإن قدر على رعيها في أمن وحفظ أو يؤاجر في بعض الأوقات بقدر ما تحتاج من النفقة فعل ذلك، فإن خيف خروجها إلى الرعي استؤجرت في مأمون من الأعمال بقدر ما تحتاجه من النفقة، فإن لم توف الإجارة بعلفها أو قال واجدها لا أتكلف الصبر عليها بيعت، واختلف فيمن يتولى البيع، راجع اللخمي. **(وركوب دابة لموضعه وإلا ضمن)** مطرف: لو أجر ضالة الدواب لركوبها إلى موضعه لا في حوائجه فإن فعل ضمنها **(وغلتها دون نسلها)** الذي لمالك: نتاج الضالة مثلها ولبنها على أن يؤكل منه. وقيده ابن رشد بقدر قيامه عليها والزائد عليه لقطة، وقد تقدم هذا قبل قوله «كبقر» فانظره مع لفظ خليل **(وخير ربها بين فكها بالنفقة أو إسلامها)** من المدونة: من وجد الخيل والبغال والحمير فليعرفها، فإن جاء ربها أخذها. وما أنفق على هذه الدواب أو أنفق على ما التقط من

وَإِنْ باعها بَعْدَهَا فَمَا لِرَبِّهَا إِلاَّ الثَّمَنُ، بِخِلاَفِ مَا لَوْ وَجَدَهَا بِيَدِ الْمِسْكِينِ، أَوْ مُبْتَاعٍ مِنْهُ: فَلَهُ أَخْذُهَا، وَلِلْمُلْتَقِطِ: الرُّجُوعُ عَلَيْهِ، إِنْ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا، إِلاَّ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ،

ولبنها فقال مالك: للملتقط ولا يتبع بذلك ويتبع بها وبنسلها خاصة. وقيل: يتبع بالجميع إن

عبد أو أمة أو على إبل قد كان ربها أسلمها أو على بقر أو غنم أو متاع أكرى فحمله من موضع إلى موضع بأمر سلطان أو بغير أمره، فليس لرب ذلك أخذه حتى يدفع إليه ما أنفق فيأخذه إلا أن يسلمها إليه فلا شيء عليه في رهونها المنفق على الضالة أحق بها من الغرماء حتى يستوفي نفقته **(وإن باعها بعدها فما لربها إلا الثمن)** من المدونة: إن بيعت اللقطة بعد السنة فليس لربها إن جاء أن يفسخ البيع وإن بيعت دون أمر الإمام، ولربها أخذ الثمن ممن قبضه. وكذلك قال ابن القاسم في غير المدونة في الدواب إذا بيعت. ابن يونس: وجعل أشهب بيع الثياب بعد السنة دون أمر الإمام تعدياً وجعله ينقض البيع في الدواب إن كانت قائمة، والحديث يدل على خلافه قوله عليه السلام «فشأنك بها» فقول ابن القاسم هذا أبين **(بخلاف لو وجدها بين المسكين أو مبتاع منه فله أخذها)** من المدونة: إذا تصدق باللقطة بعد السنة ثم جاء ربها، فإن كانت قائمة بيد المسكين فله أخذها، فإن أكلها المساكين فليس له تضمينهم لأنه قيل في اللقطة يعرفها سنة ثم شأنه بها بخلاف الموهوب يأكل الهبة ثم تستحق هذا لربه أن يضمنه. ابن يونس: إن تصدق بها بعد أن التزم قيمتها لربها فربها مخير. أن يلزمه ما التزم أو يأخذها من يد المساكين، وإن تصدق بها تعدياً أو عن ربها فليس لربها إلا أخذها، وإن فاتت في الوجهين لزم ملتقطها قيمتها. قال ابن القاسم: وإن وجدت بيد من ابتاعها من المساكين فله أخذها ثم يرجع المبتاع على الملتقط. ابن يونس: جعل ابن القاسم أن لربها نقض البيع الذي باعه المساكين لها وليس له نقض بيع الملتقط لها. والفرق أن الملتقط باعها خوفاً من ضياعها وأوقف له ثمنها فلم ينقض بيعه لقوله ﷺ «فشأنك بها» والمساكين إنما باعوها على أنها ملك لهم فلمستحقها نقض بيعهم كنقضة بيع المشتري في الاستحقاق، ابن يونس: فإذا أخذها من المبتاع رجع المبتاع بالثمن على المساكين إن كان قائماً بأيديهم كما كان لربها أن يأخذ عينها منهم، وإن أكلوه فالأولى أن يرجع على الملتقط الذي سلط أيديهم عليها كما لو أكلوها، وانظر لهذه المسألة نظائر أعني في رجوع الإنسان في عين ماله فإن فات فلا رجوع له من ذلك: من أثاب من صدقة فظن أن ذلك يلزمه، ومن رد ما تسلفه بأرض الحرب، ومن اشترى حاجة لغيره ثم تبين له أنها قامت عليه بأكثر، أو دفع ثوباً أرفع مما باع غلطاً أو باع مرابحة ثم ذكر أنه غلط، وما أصاب الخوارج من الأموال ثم تابوا، ومن دفع كفارة أو زكاة لمن لا يستحقها، ومن عليه نصف عشر فأخرج العشر، فإنه يرجع في عين ذلك، ولا رجوع له إن تلف. قال الصائغ: وإن كان له زرع آخر فلا يحاسب بقدر ما زاد جهلاً **(وللملتقط الرجوع عليه إن أخذه منه قيمتها إلا أن يتصدق بها عن نفسه)** ابن الحاجب: للملتقط الرجوع على المساكين في عينها إن أخذ منه قيمتها إلا أن يكون تصدق عن نفسه. ونقل ابن يونس عن أشهب: إن تصدق بها عن نفسه فلربها أخذها من المساكين أو قيمتها من الملتقط ثم لا يرجع الملتقط على المساكين بشيء

وَإِنْ نَقَصَتْ بَعْدَ نِيَّةِ تَمَلُّكِهَا. فَلِرَبِّهَا أَخْذُهَا أَوْ قِيمَتُهَا. وَوَجَبَ. لَقْطُ طِفْلٍ نُبِذَ كِفَايَةً، وَحَضَانَتُهُ، وَنَفَقَتُهُ، إِنْ لَمْ يُعْطَ مِنَ الْفَيْءِ إِلاَّ أَنْ يَمْلِكَ. كَهِبَةٍ، أَوْ يُوجَدَ مَعَهُ أَوْ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ، إِنْ كَانَتْ مَعَهُ

كان له ثمن وله أن يكري البقر وغيره في علفها كراء مأموناً، وله الركوب وله بيع ما يخاف ضياعه وتلفه انتهى. ص: (**ووجب لقط طفل نبذ كفاية**) ش: قال ابن الحاجب: اللقيط طفل ضائع لا كافل له. ابن عبد السلام: وسواء علم نسبه أو لم يعلم، والكافل المنفى هو القريب وإلا فالملتقط كافل انتهى. وقوله «كفاية» قال في الجواهر: وكل صبي ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية، فمن وجده وخاف عليه الهلاك إن تركه لزمه أخذه ولم يحل له تركه انتهى. ص: (**ونفقته إن لم يعط من الفيء الخ**) ش: لم يتعرض المصنف لمنتهى النفقة وقال ابن الحاجب: فإن تعذر فعلى ملتقطه حتى يبلغ أو يستغني. قال ابن عبد السلام: يعني فإن تعذر الإنفاق عليه من شيء من الوجوه المتقدمة وجبت نفقته على ملتقطه، إما بمقتضى العادة لأن العادة تدل على مثل هذا، وإما لأنه أولى الناس به، ويستمر إنفاقه عليه إلى البلوغ أو يستغني قبل ذلك على أن الباجي وغيره ممن نقل هذا الفرع عن كتاب محمد إنما عطف «يستغنى» على ما قبله بالواو وذلك يوهم أن يكون حكمه في النفقة حينئذ كحكم الولد تستمر النفقة عليه إلى أن يبلغ الذكر صحيحاً أو تتزوج الأنثى ويدخل بها زوجها، وما أظنه يريد مثل هذا انتهى. وقال في التوضيح: نفقته على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني. هكذا نقل الباجي وغيره

(**وإن نقصت بعد نية تملكها فلربها أخذها أو قيمتها**) ابن رشد: إن وجدها ربها بيد ملتقطها وقد نقصها باستعمال فله أخذها وما نقصها، وإن استهلكها ففي تخييره في أخذ قيمتها أو أخذها ولا شيء له في نقصها. ابن شاس.

كتاب اللقيط

وفيه بابان: الأول في الالتقاط الثاني في أحكام اللقيط (**ووجب لقط طفل نبذ كفاية**). ابن شاس: كل صبي ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية (**وحضانته**). ابن عرفة: حضانة اللقيط على ملتقطه اتفاقاً (**ونفقته إن لم يعط من الفيء إلا أن يملك كهبة أو يوجد معه مال أو مدفون تحته إن كانت معه رقعة**). ابن شاس نفقة اللقيط في ماله وهو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أوصى لهم به أو ما وجد تحت يد اللقيط عند التقاطه لكونه ملفوفاً عليه. وفي الزاهي: إن وجدها على فراشه أو ثوب أو دابة أو معه مال مشدود أو حزم على مال موضوع مشدود فهو له. ابن شاس: وأما ما هو مدفون في الأرض تحته فليس هو له إلا أن توجد معه رقعة مكتوبة بأنها له فيكون حينئذ له ابن عرفة: فإن لم يكن له مال فقال الباجي: من بيت المال، فإن لم يكن بيت مال ينفق عليه منه، فروى محمد على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني ولا رجوع له عليه وإن استأذن الإمام. ومن المدونة: اللقيط حر

رُقْعَةٌ، وَرُجُوعُهُ عَلَى أَبِيهِ إِنْ طَرَحَهُ عَمْداً،

هذه الرواية بالواو وخلاف قول المصنف «أو يستغني» انتهى فتأمله. وفي الشامل: حتى يبلغ ويستغني بالواو كنقل الباجي. **ص: (ورجوعه على أبيه إن طرحه عمداً) ش:** تصوره واقع.

قال ابن الحاجب: فإن ثبت له أب بالبينة قال في التوضيح: قوله «ثبت» لا مفهوم له لأنه لو أقر بأنه ولده كان الحكم كذلك صرح به الباجي، وإنما تشترط البينة أو ما يقوم مقامها في التصديق في الاستلحاق انتهى. وعبارة التهذيب نحو عبارة ابن الحاجب فنبه عليها أبو الحسن الصغير. وقول المؤلف «إن طرحه عمداً» كقول ابن الحاجب «فإن ثبت له أب بالبينة طرحه عمداً لزمته». ويفهم من كلامه وكلام المؤلف أنه لو لم يطرحه أو طرحه بلا عمد لا رجوع عليه ولكن إنما تكلم ابن عبد السلام والمؤلف على المفهوم الأول وهو كونه لم يطرحه، وكذا الشارح بهرام في كلام المؤلف. وقال في المدونة: ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه فأتى رجل أقام البينة أنه ابنه فله أن يتبعه بما أنفق إن كان الأب موسراً في حين النفقة لأنه ممن تلزمه نفقته. هذا إن تعمد الأب طرحه، وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه. وقال مالك في صبي ضل عن والده فأنفق عليه رجل فلا يتبع أباه بشيء. قال أبو الحسن: هذا دليل على قوله «لم يتعمد طرحه» كأنه يقول: فكذلك مسألتك في الذي لم يتعمد الأب طرحه انتهى. وقال البساطي في شرح قول المؤلف: ورجوعه على أبيه إلى آخره أي ووجب للمنفق الرجوع على أبي اللقيط إذا طرحه عمداً، أما إنه يرجع عليه فلأن النفقة بالأصالة على الأب وطرحه لا يسقطها وإما أنه إذا لم يطرحه أو طرحه بوجه كمن زعم أنه سمع أن من طرح ابنه يعيش له الذي هو مفهوم كلام المؤلف فلان أخذ الملتقط له والحالة هذه منع من إنفاق الأب عليه وهو ظاهر فيما إذا طرحه بوجه انتهى. فتأمله مع كلام المدونة والله أعلم. وبقي على المؤلف قيدان

ونفقته من بيت المال وكذلك أجر رضاعه ورضاع من لا مال له من اليتامى **(ورجوعه على أبيه إن طرحه عمداً)** من المدونة قال مالك: لا يتبع اللقيط بشيء مما أنفق عليه. وكذلك اليتامى الذين لا مال لهم. قال: ومن كفل يتيماً فأنفق عليه ولليتيم مال فله أن يرجع عليه بما أنفق أشهد أو لم يشهد إذا قال أنفقت عليه لا رجع في ماله. وقال: ولو قال من في حجره يتيم أنا أنفق عليه، فإن أفاد مالاً أخذته منه وإلا فهو في حل فذلك باطل، ولا يتبع اليتيم بشيء إلا أن تكون له أموال عروض فيسلفه حتى يبيع عروضه فذلك له، وإن قصر المال عما أسلفه لم يتبعه بالزائد، وكذلك اللقيط. وأما الأب إذا أنفق على ولده وله مال عين أو عرض ثم قال حاسبوه حوسب بذلك وإن مات ولم يقل شيئاً، فإن كان ماله عرضاً حوسب لأنه قد يرى بقاءه إلا أن يباع، وإن كان ماله عيناً حاضراً فلا يحاسب لأن ترك الإنفاق منه وذلك يمكنه دليل على أنه لم يرد الرجوع عليه، قال ابن القاسم: ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه فأتى رجل أقام البينة أنه ابنه فليتبعه بما أنفق إن كان الأب موسراً حين النفقة لأنه ممن تلزمه نفقته. هذا إن تعمد الأب طرحه وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه. وقال أشهب: لا شيء على

وَالقَوْلُ لَهُ إِنْ لَمْ يُنْفِقْ حِسْبَةً، وَهُوَ حُرٌّ، وَوَلاَؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَحُكِمَ بِإِسْلاَمِهِ فِي قُرَى الْمُسْلِمِينَ. كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلاَّ بَيْتَانِ. إِن الْتَقَطَهُ مُسْلِمٌ، وَإِنْ فِي قُرَى الشِّرْكِ فَمُشْرِكٌ،

في المسألة: الأول أن يكون الأب حين الإنفاق موسراً وقد ذكره في المدونة ونبه عليه في التوضيح، وتركه المصنف اعتماداً على ما قدمه في فصل النفقة من أن نفقة الولد إنما تجب على الموسر. القيد الثاني أن لا يكون المنفق أنفق حسبة، وهذا يدل عليه قوله بعد «والقول قوله إنه لم ينفق حسبة» فتأمله والله أعلم. ص: **(والقول قوله أنه لم ينفق حسبة) ش:** يعني إذا طرحه أبوه عمداً ولزمته نفقته فادعى على المنفق أنه إنما أنفق حسبة وادعى المنفق عدم الحسبة فالقول قوله. قال في الجواهر: مع يمينه. وقال ابن عبد السلام: فيقبل قوله في أنه أنفق ليرجع وينبغي أن يكون بيمين انتهى. يظهر أنه بحث من عنده وقد صرح به ابن شاس كما علمت ونبه عليه في التوضيح.

تنبيه: انظر لو اختلفا في طرحه فادعى الملتقط أن أباه طرحه عمداً وأنكره الأب، فالقول قول من أشبه منهما. وكذلك لو اختلفا في عسر الأب وقت الإنفاق أو يسره والله أعلم. **ص: (وولاؤه للمسلمين) ش:** قال في الجواهر: ولا يختص به الملتقط إلا بتخصيص الإمام انتهى. وقال فيها أيضاً: وأرش خطئه على بيت المالي، وإن جنى عليه فالأرش له انتهى. **ص: (كأن لم يكن فيها إلا بيتان إن التقطه مسلم) ش:** قال في تضمين الصناع من المدونة: إلا البيتين والثلاثة ونقله في الجواهر. فمفهومه أن لو كانوا أكثر من ذلك حكم بإسلامه مطلقاً، سواء

الأب بحال لأن المنفق محتسب. اللخمي: قول ابن القاسم أبين لأنه يقول: لو علمت له من تلزمه نفقته لم أنفق عليه. ومن المدونة قال مالك في صبي ضل من والده فأنفق عليه رجل: فلا يتبع أباه بشيء قال ابن القاسم: وكذلك اللقيط الذي لم يتعمد الأب طرحه لأن النفقة عليه على وجه الحسبة. ومن أنفق على ولد غائب وهم صغار بغير أمره أو أنفقت زوجته على نفسها في غيبته ثم قدم، فلهما أن يرجعا عليه بما أنفقا إن كان موسراً في غيبته وإلا فلا. ولو غاب وهو موسر فأمر الإمام رجلاً بالنفقة على ولده الصغير لزمه ذلك، وكذلك إذا أنفق هو عليه بغير أمر الإمام على وجه السلف له لاتبعه بذلك إذا حلف أن ذلك منه بمعنى السلف وكانت له على النفقة بينة وكان الأب في حال النفقة موسراً وأنفق عليه نفقة مثله، فإن زاد لم يتبعه بالزائد، وإن كان الأب معسراً في ذلك لم يتبعه بشيء، ولو أيسر بعد عسره فمات لم يتبع بشيء **(والقول له أنه لم ينفق حسبة)** هكذا قال ابن الحاجب. قال ابن عرفة: ومقتضى المدونة خلافه، وقد تقدم نص المدونة وترشيح اللخمي بقوله إنه يقول: لو علمت له من تلزمه نفقته ما أنفقت عليه **(وهو حر وولاؤه للمسلمين)** من المدونة: اللقيط حر. قال عمر رضي الله عنه: وولاؤه للمسلمين وعقله على بيت المال **(وحكم بإسلامه في قرى المسلمين كأن لم يكن فيها إلا بيتان إن التقطه مسلم وفي قرى الشرك مشرك)** من المدونة قلت: من

وَلَمْ يُلحَقْ بِمُلْتَقِطِهِ، وَلاَ غَيْرِهِ، إلاَّ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ بِوَجْهٍ، وَلاَ يَرُدُّهُ بَعْدَ أَخْذِهِ إلاَّ أَنْ يَأْخُذَهُ لِيَرْفَعَهُ لِلْحَاكِمِ، فَلَمْ يَقْبَلْهُ، وَالمَوْضِعُ مَطْرُوقٌ، وَقُدِّمَ الأَسْبَقُ،

التقطه مسلم أو كافر. وقال في التوضيح: ويفهم من تعيين المصنف يعني ابن الحاجب هذه الصورة للخلاف أنه لو كان المسلمون مساوين أو أكثر أو قريباً من التساوي أن يحمل اللقيط على الإسلام ولو التقطه مشرك انتهى. ومفهوم المدونة أنه إذا كانوا أكثر من ثلاثة ولو لم يكونوا قريباً من التساوي لحكم إسلامه مطلقاً كما تقدم. وانظر قوله «البيتين والثلاثة» لو لم يكن فيهما إلا واحد والظاهر أن الحكم متحد والله أعلم. ص: **(وفي قرى الشرك مشرك)** ش: نحوه في المدونة. قال أبو الحسن: وسواء التقطه مسلم أو كافر انتهى. وفي الذخيرة: وفي قرى الكفر ومواضعهم فهو كافر ولا يعرض له إلا أن يلتقطه مسلم فيجعله على دينه. انتهى فتأمله. ص: **(وقدم الأسبق الخ)** ش: قال في التوضيح: وهذا مقيد بما إذا لم يؤد إلى ضياعه عند الأول انتهى. ونقله في الجواهر ونصه: ولو ازدحم اثنان كل منهما أهل قدم السابق، فإن استويا قدم الإمام من هو أصلح للصبي، فإن استويا في ذلك أقرع بينهما انتهى. وقال في تضمين الصناع من المدونة: ومن التقط لقيطاً فكابره عليه رجل فنزعه منه فرافعه إلى الإمام نظر الإمام

التقط لقيطاً في مدينة الإسلام أو في قرية الشرك في أرض أو كنيسة أو بيعة وعليه زي أهل الذمة أو المسلمين وكيف إن كان الذي التقطه في بعض المواضع مسلم أو ذمي ما حاله؟ قال: إن التقطه نصراني في قرى أهل الإسلام ومواضعهم فهو مسلم، وإن كان في قرى الشرك وأهل الذمة ومواضعهم فهو مشرك، وإن وجد في قرية ليس فيها إلا اثنان أو ثلاثة من المسلمين فهو للنصارى، ولا يعرض لهم إلا أن يلتقطه هناك مسلم فيجعله على دينه. وقال ابن الحاجب: يحكم بإسلام اللقيط في قرى الإسلام ومواضعهم، فإن كان في قرى الشرك فمشرك. وقال أشهب: إلا أن يلتقطه مسلم فإن لم يكن فيها غير بيتين من المسلمين فمشرك إلا أن يلتقطه مسلم. وقال أشهب: يحكم بإسلامه كحريته للاحتمال. **(ولم يلحق بملتقطه ولا غيره إلا ببينة أو بوجه)** من المدونة قال مالك: من التقط لقيطاً فأتى رجل فادّعى أنه ولده لم يصدق ولم يلحق به إلا أن يكون لدعواه وجه كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه رماه لقول الناس إذا طرح عاش ونحوه مما يدل على صدقه فإنه يلحق به وإلا لم يصدق إلا ببينة، قيل لابن القاسم: فإن صدقه الملتقط؟ قال: أراه شاهداً ولا تجوز شهادة واحد مع اليمين في النسب. ابن يونس: خالف ابن القاسم أصله في الاستلحاق **(ولا يرده بعد أخذه إلا أن يأخذه ليدفعه للحاكم فلم يقبله والموضع مطروق)** ابن عرفة: قال أشهب: من التقط لقيطاً فليس له تركه إن أخذه ليربيه، وإن أخذه ليرفعه إلى السلطان فلم يقبله منه فلا ضيق عليه في رده لموضع أخذه وفي الموازية: من أخذ لقيطاً أنفق عليه ولعله أراد أنه التزم ذلك، ولو قال لم أرد ذلك قبل قوله. زاد ابن شاس إثر قول أشهب: قال القاضي أبو الوليد: معنى ذلك عندي أن يكون موضعاً لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذه **(وقدم الأسبق)** ابن شاس: لو ازدحم

ثُمَّ الأَوْلَى، وَإِلاَّ فَالْقُرْعَةُ، وَيَنْبَغِي الإِشْهَادُ، وَلَيْسَ لِمكَاتَبٍ وَنَحوه: اِلْتِقَاطٌ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، وَنُزِعَ مَحْكُومٌ بِإِسْلاَمِهِ مِنْ غَيْرِهِ، وَنُدِبَ أَخْذُ آبِقٍ لِمَنْ يَعْرِفُ، وَإِلاَّ فَلاَ يَأْخُذُهُ،

للصبي، فأيهما كان أقوى على مؤنته وكفالته وكان مأموناً دفعه إليه انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال أبو إسحاق: هو للأول إلا أن يكون الثاني أكفأ منه وأحرز الشيخ: وهو معنى الكتاب. وقوله «مأموناً» أي أن يبيعه انتهى. فتأمل كلام المدونة وشارحها فإنه يقتضي تقديم الأكفأ ثم الأول، فتأمله مع كلام التوضيح. وانظر هل يرجح هنا بالصلاح وعدمه فيقدم غير الفاسق على الفاسق، وقد يتلمح ذلك من قول المدونة «وكان مأموناً» فتأمله والله أعلم. ص: **(وليس لمكاتب ونحوه التقاط بغير إذن السيد)** ش: قال في التوضيح: تبعاً لابن عبد السلام لأنه يشتغل بتربيته ونفقته عن سيده وإنما نص على المكاتب وإنما صح لأنه يتوهم أنه إنما أحرز نفسه وماله أن له ذلك ووجه أنه ليس له ذلك بأن اللقيط يحتاج إلى حضانة والحضانة تبرع وليس من أهله، وانظر المرأة هل يصح التقاطها بغير إذن زوجها؟ فتأمله والله أعلم.ص: **(وندب أخذ آبق لمن يعرف وإلا فلا يأخذه)** ش: قال في التنبيهات: الإباق بكسر الهمزة اسم للذهاب في استتار وهو الهروب، والأبق: بالفتح وسكون الباء وفتحها أيضاً اسم الفعل والمصدر. والأُبّاق بضم الهمزة وتشديد الباء جمع آبق انتهى. وعبارة المؤلف هي كقوله في المدونة: ومن وجد آبقاً فلا يأخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه فأحب إلي أن يأخذه وهو من أخذه في سعة انتهى. وقول المؤلف «فلا يأخذه» هو لفظ المدونة وهو على الاستحباب. قال

اثنان على اللقيط كل منهما أهل قدم الأسبق، فإن استويا قدم الإمام من هو أصلح للصبي، فإن استويا في ذلك أقرع بينهما **(ثم الأولى)** من المدونة: من التقط لقيطاً فكابره عليه رجل فنزعه منه فرفعه إلى الإمام، نظر الإمام إلى الصبي فأيهم كان أقوى على مؤنته وكفالته وكان مؤمناً دفعه إليه **(وإلا فالقرعة)** ابن الحاجب: إن استويا أقرع بينهما. ابن عرفة: قاله الغزالي **(وينبغي الإشهاد)**. ابن شاس: من أخذ لقيطاً فليشهد عليه خوف الاسترقاق. ابن عرفة: قاله الغزالي **(وليس لمكاتب ونحوه التقاط بغير إذن السيد)** ابن شاس: لو التقط العبد والمكاتب بغير إذن السيد انتزع من أيديهما فإن الحضانة تبرع وليس لهما ذلك، فإن أذن السيد فهو للملتقط. ابن عرفة: قاله الغزالي. وإن كان مذهبنا يقتضيه لكن الحق أن لا ينقل على أنه نص فيه بل على أنه مقتضاه **(ونزع محكوم بإسلامه من غيره)** ابن عرفة: فيها مع غيرها: اللقيط في قرى الإسلام مسلم ولم التقطه كافر. مطرف وأصبغ: إن التقطه نصراني نزع منه لئلا ينصره أو يسترقه. وفي كتاب ابن سحنون: إن التقطت نصرانية صبية فربتها حتى بلغت على دينها ردّت للإسلام وهي حرة. ومن المدونة: إن التقط كافر لقيطاً ببلد الإسلام فرباه على دينه لم يترك على النصرانية إلا أن يبلغ على ذلك فيختلف فيه، هل يقر عليه **(وندب أخذ آبق لمن يعرف وإلا فلا يأخذه)** من المدونة قال مالك: من وجد آبقاً فلا يأخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره لمن يعرف فأحب إلى أن يأخذه. قال ابن القاسم: فإن لم يأخذه أيضاً فهو في سعة **(فإن أخذه**

فَإِنْ أَخَذَهُ رَفَعَهُ لِلإِمَامِ، وَوُقِفَ سَنَةً، ثُمَّ بِيعَ وَلاَ يُهْمَلُ،

الرجراجي: أما أخذ الآبق فقد قال مالك في المدونة: تركه خير من أخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه فأحب إلي أن يأخذه انتهى. أبو الحسن: قوله «أو لمن يعرفه» هو الضابط ولا يقال إن ذلك للقرابة انتهى. ولهذا اقتصر عليه المؤلف، وقيد البساطي هذا بما إذا كان في موضع لا يخشى عليه فيه الهلاك، ولم أره لغيره إلا أن الشيخ أبا الحسن قال في قوله في المدونة: وهو من أخذه في سعة. قال اللخمي: أما إذا كان على الأميال اليسيرة من الموضع الذي أبق منه فلا سعة في تركه إذا لم يخف منه. الشيخ: لأن تركه تلف له انتهى. ص: **(فإن أخذه رفعه للإمام ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل)** ش: قال في المدونة: ومن أخذ آبقاً رفعه إلى الإمام ويوقفه سنة وينفق عليه ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال وأمر مالك ببيع الإباق بعد السنة ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون ولم يجعلهم كضوال الإبل لأنهم يأبقون ثانية انتهى. فقول المؤلف «رفعه إلى الإمام» كقوله في المدونة «رفعه إلى الإمام». أبو الحسن: ظاهره أنه مطلوب بذلك وإن كان لا يجب عليه فالرفع إلى الإمام أولى وله أن يفعل هو ما يفعله الإمام انتهى. وقال: قوله «ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي» يظهر منه أن الأجنبي يفعل فيه ما يفعله الإمام ولا يجب عليه الرفع انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن أخذه فلا يخلو السلطان من أن يكون عدلاً أو جائراً. فإن كان عدلاً فهو مخير إن شاء رفعه إلى الإمام وإن شاء عرف به ثم قال: وإن كان السلطان جائراً فلا ينبغي له أن يرفعه إليه ويعرفه سنة وينفق عليه ويكون حكمه في النفقة حكم السلطان انتهى. وقول المؤلف «ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل» مثل قوله في المدونة «ويوقفه سنة» إلى قوله «ولم يأمر بإطلاقهم» وفيه أمران: أحدهما أنه يحبس سنة، والثاني أنه يباع بعد السنة ولا يهمل. أما الأول فقال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: قال سحنون: لا أرى أن يوقفه سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع ويكتب الحاكم صفاته عنده حتى يأتي له طالب. ابن يونس: وهو الصواب، لأن النفقة عليه سنة ربما ذهبت بثمنه انتهى. وفي سماع عيسى قال ابن القاسم: الشأن والسنة في الآبق أن يحبس سنة إلا أن يخاف الضيعة فيباع.

رفع للإمام ووقف سنة ثم بيع) من المدونة قال مالك: من أخذ آبقاً رفعه للإمام فوقفه سنة وأنفق عليه ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال. قال سحنون: لا أرى أن يوقف سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع ويكتب الحاكم صفته عنده حتى يأتي طالبه. ابن يونس: وهذا هو الصواب **(ولا يهمل)** من المدونة: أمر مالك ببيع الإباق بعد السنة ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون ولم يجعلهم كضوال الإبل لأنهم يأبقون

وَأَخَذَ نَفَقَتَهُ، وَمَضَى بَيْعُهُ: وَإِنْ قَالَ رَبُّهُ كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ،

قلت: أرأيت إذا انقضت السنة ولم يخف ضيعة أيباع؟ قال: نعم ولا يحبس بعد السنة. ابن رشد: قوله «إن الآبق يحبس» هو مثل ما في المدونة. وقوله «إنه إذا خشيت الضيعة عليه بيع قبل السنة» هو تفسير لما في المدونة، وقد مضى في أول رسم من سماع أشهب أنه إذا خشيت عليه الضيعة خلي سبيله ولم يبع، وقد مضى القول هنالك فلا معنى لإعادته انتهى. فما في سماع عيسى تفسير لما في للمدونة. وأما كلام سحنون فإنه خلاف للمدونة فإنه لا يرى حبسه سنة أصلاً. قال الرجراجي: قال مالك في المدونة: ولم أزل أسمع أن الآبق يحبس سنة وذلك يختلف باختلاف الأحوال. وتحصيله أن العبد لا يخلو من أن يخشى عليه الضيعة في هذا الأمد أم لا. فإن خيف بيع قبل السنة وهي رواية عيسى عن ابن القاسم وهو تفسير لقول مالك، وإن لم يخش عليه هل ينتظر به سنة وهو مذهب المدونة وهو المشهور، والثاني أنه لا يوقف سنة وإنما يوقف بقدر ما يتبين ضرره وهو قول سحنون انتهى. وأما الأمر الثاني وهو كونه يباع بعد السنة ولا يمهل فقال في سماع أشهب: إنه إذا عرفه فلم يجد من يعرفه أنه يخليه خير له من أن يبيعه فيهلك ثمنه ويؤكل أو يطرح في السجن فيقيم ولا يجد من يطعمه. قال ابن رشد: أما الأباق فسوى في هذه الرواية بينهم وبين ضوال الإبل في أنهم يرسلون إذا عرّفوا فلم يعرفوا. وقال في المدونة: إنهم يحبسون ثم يباعون فتحبس أثمانهم لأربابهم ولا يرسلون، فالظاهر أن ذلك اختلاف من القول وعلى ذلك يحمله الشيوخ، والأولى أن لا يحمل ذلك على الخلاف فيكون الوجه في ذلك أنه إن خشي عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة وأن يتلف ثمنه إن بيع كان إرساله أولى من حبسه على ما قاله في هذه الرواية، وإن لم يخش عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة ولا يتلف ثمنه إن بيع كان حبسه سنة ثم بيعه بعد السنة وإمساك ثمنه أولى من إرساله. وموضع الخلاف عند من حمله على الخلاف إنما هو إذا خشي عليه أن يضيع في السجن وأن يتلف ثمنه إذا بيع، فمرة رأى أن إرساله أولى لئلا يضيع أو يتلف ثمنه، ومرة رأى أن حبسه وبيعه وإمساك ثمنه أولى لئلا يأبق ثانية. والاختلاف إنما هو بحسب الاجتهاد أي الخوفين أشد، وأما إن لم يخش عليه أن يضيع في السجن ولا أن يتلف ثمنه إذا بيع فلا يرسل لئلا يأبق قولاً واحداً، ولو لم يخش عليه أن يضيع في السجن وخشي على ثمنه أن يضيع لوجب أن يسجن سنة يعرّف فيها ثم يسرح ولا يحبس أكثر منها التي هي حد تعريف اللقطة، ولو لم يخش على ثمنه ضياع وخشي عليه إن سجن لوجب عليه أن يباع ويوقف ثمنه ولا يسجن. انتهى فتأمله والله أعلم. ص: (وأخذ نفقته) ش: فاعل «أخذ» ضمير عائد على المنفق المفهوم من السياق، سواء كان الإمام أو غيره والله أعلم. ص: (ومضى بيعه وإن قال ربه

ثانية (وأخذ نفقته) تقدم نص المدونة: أخذ من ثمنه ما أنفق (ومضى بيعه وإن قال ربه كنت أعتقته)

وَلَهُ عِتْقُهُ وَهِبَتُهُ لِغَيْرِ ثَوَابٍ، وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ

كنت أعتقته) ش: قال في المدونة: وإذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام بعد السنة والعبد قائم فليس له إلا الثمن ولا يرد البيع، ولو قال ربه كنت أعتقته أو دبرته بعد ما أبق أو قبل أن يأبق لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة انتهى. أبو الحسن: قوله «بعد السنة» الشيخ: وكذلك إذا باعه قبل السنة لما رأى من وجه المصلحة. وأما على قول سحنون الذي يقول لا يوقف سنة فلا إشكال انتهى. وقال الرجراجي: أما العتق والتدبير وسائر عقود العتق غير الإيلاد فلا يقبل قوله في نقض العتق إلا ببينة عادلة انتهى.

تنبيه: قال في المدونة إثر الكلام السابق: ولو كانت أمة فباعها الإمام بعد السنة ثم جاء سيدها فقال قد كانت ولدت مني وولدها قائم، فإنها ترد إليه إن كان ممن لا يتهم. وقاله مالك فيمن باع جارية له وولدها ثم استلحق الولد أنه إذا كان ممن لا يتهم على مثلها ردت إليه، ولو قال كنت أعتقتها لم يصدق ولم ترد إليه إلا ببينة. قيل: فإن لم يكن معها ولد فقال بعد ما باعها كانت ولدت مني؟ قال: أرى أن ترد إليه إن لم يتهم فيها انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن ادعى أنها ولدت منه فلا يخلو من أن يكون معها ولد أم لا. فإن كان معها ولد فهل ترد إليه أم لا على قولين منصوصين في المدونة: أحدهما أنها ترد إليه سواء اتهم أو لم يتهم وهو قول أشهب. والثاني أنها ترد إليه إن لم يتهم وإن اتهم فيها لم ترد إليه وهو قول ابن القاسم. فإن لم يكن معها ولد، فإن اتهم فيها لم ترد إليه قولاً واحداً، وإن لم يتهم فهل ترد إليه أم لا؟ المذهب على قولين قائمين من المدونة: أحدهما أنها لا ترد إليه وهي رواية أكثر الأندلسيين وهي رواية ابن اللباد. والثاني أنها ترد إليه وهي رواية أكثر القرويين وعليه اقتصر الشيخ أبو محمد وابن أبي زمنين والبرادعي، وحكاها ابن حبيب عن ابن القاسم انتهى.

فائدة: قال عبد الحق: إنما قال في العتق لا يصدق وفي الاستيلاد يصدق إن لم يتهم فيها من أجل أن العتق سبيله أن يتوثق فيه ويشهد هذه عادة الناس، فلما لم يثبت ذلك اتهم. وولادة الأمة ليس شأن الناس فيه الإشهاد والاشتهار له فإذا انتفت التهمة صدق انتهى. وقوله في المدونة «يتهم» قال عياض: يعني بصبابة إليها. انتهى من أبي الحسن والله أعلم. ص: **(وله عتقه وهبته لغير ثواب)** ش: أبو الحسن: وجميع المعروف فيه جائز. ابن يونس: وهو لازم وكذلك عتقه إلى أجل فإن جعل الأجل من يوم أبق ثم لم يقدر عليه حتى انقضى الأجل كان

من المدونة قال مالك: إذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام بعد السنة والعبد قائم، فليس له إلا الثمن، ولا يرد البيع لأن الإمام باعه وبيعه جائز، ولو قال ربه كنت أعتقته أو دبرته بعد أن أبق أو قبل أن يأبق لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة **(وله عتقه وهبته لغير ثواب وتقام عليه الحدود)** من المدونة: يجوز لسيد الآبق عتقه وتدبيره وهبته لغير ثواب، ولا يجوز له بيعه ولا هبته لثواب، وإذا زنا

وَضَمِنَهُ إِنْ أَرْسَلَهُ، إِلاَّ لِخَوْفٍ مِنْهُ: كَمَنْ اسْتَأْجَرَهُ فِيمَا يَعْطَبُ فِيهِ؛ لاَ إِنْ أَبَقَ مِنْهُ؛ وَإِنْ مُرْتَهِناً؛ وَحَلَفَ، وَٱسْتَحَقَّهُ سَيِّدُهُ: بِشَاهِدٍ، وَيَمِينٍ. وَأَخَذَهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ إِلاَّ دَعْوَاهُ إِنْ صَدَّقَهُ

حراً. انتهى. ص: **(إلا لخوف منه)** ش: قال الرجراجي: فإن أرسله لعذر كما إذا خاف منه أن يقتله أو يضربه أو يذهب بحوائج بيته ونحو ذلك فقد قال ابن عبد الحكم: لا ضمان عليه وينبغي أن لا يختلف فيما قاله إذا غلب على الظن الخوف بما ظهر من ظواهر حال العبد. ثم قال: وليس شدّة النفقة بعذر مسقط عنه الضمان. قاله ابن عبد الحكم انتهى. والظاهر أن هذا إذا لم يكن رفعه إلى الإمام وإلا فلا يرسله وليرفعه إلى الإمام فتأمله. ص: **(لا إن أبق منه وإن مرتهناً وحلف)** ش: يعني أن العبد إذا أبق من الذي هو في يده فلا ضمان عليه ثم بالغ فقال: وإن كان الذي هو في يده أخذه من ربه على جهة الرهن لكن يحلف. فقوله «وحلف» راجع إلى مسألة الرهن لأنه إذا أبق منه قال الرجراجي: فلا يخلو من أن يهرب من الدّار أو يرسله إلى بعض حوائجه، فإن أبق من داره فإن ظهر ذلك واشتهر قبل قوله بلا يمين قولاً واحداً كان ممن يتهم أم لا، فإن لم يكن إلا دعواه هل يحلف أم لا؟ المذهب على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يمين عليه وهو ظاهر المدونة، والثاني أنه يحلف لقد انفلت منه من غير تفريط وهو قول ابن الماجشون، والثالث إن كان من أهل التهمة حلف وإلا فلا. وإن أرسله في حاجة خفيفة فلا ضمان عليه، وإن أرسله في حاجة يأبق في مثلها فهو ضامن، وهو قول أشهب في كتابه انتهى. واقتصر ابن يونس على الثاني فانظره فيه. ص: **(وأخذه إن لم يكن إلا دعواه إن صدقه)** ش: نحو هذا قوله في المدونة: وإن ادعى أن هذا الآبق عبده ولم يقم بينة فإن صدقه العبد دفع إليه. ابن يونس: يريد بعد التلوم ويضمنه إياه. قال أشهب في كتابه بعد أن يحلف مدعيه، ثم إن جاء له طالب لم يأخذه إلا ببينة عادلة، وإن أقر له العبد بمثل ما أقر للأول من الرق انتهى.

الآبق أو سرق أو قذف أقيم عليه الحدود في ذلك كله **(وضمنه إن أرسله لا لخوف منه)** من المدونة قال مالك: من أخذ آبقاً فأبق منه فلا شيء عليه، وإن أرسله بعد أخذه ضمنه. قال ابن عبد الحكم: ولو خلاه بعد أن أخذه لعذر خاف أن يقتله أو يضربه فلا شيء عليه، وإن أرسله لشدة النفقة فهو ضامن **(كمن استأجره فيما يعطب فيه)** قال ابن القاسم: من استأجر آبقاً فعطب في عمله ولم يعلم أنه آبق ضمنه لربه. وقال مالك فيمن آجر عبداً على تبليغ كتاب إلى بلد ولم يعلم أنه عبد فعطب في الطريق: إنه يضمنه **(لا إن أبق منه)** تقدم نص المدونة: من أخذ آبقاً فأبق منه فلا شيء عليه **(وإن مرتهناً وحلف)** من المدونة: إذا أبق العبد الرهن لم يضمنه المرتهن في إباق وصدقه ولا يحلف وكان على حقه. وفي رواية الدباغ يحلف **(واستحقه سيده بشاهد ويمين)** من المدونة قال مالك: من اعترف آبقاً عند السلطان أشهد شاهداً حلف معه وأخذ العبد **(وأخذه إن لم تكن إلا دعواه إن صدقه)** من

وَلْيُرْفَعْ لِلْإِمَامِ، إِنْ لَمْ يَعْرِفْ مُسْتَحِقَّهُ، إِنْ لَمْ يَخَفْ ظُلْمَهُ، وَإِنْ أَتَى رَجُلٌ بِكِتَابِ قَاضٍ، إِنَّهُ قَدْ شَهِدَ عِنْدِي: أَنَّ صَاحِبَ كِتَابِي هَذَا فُلَانٌ، هَرَبَ مِنْهُ عَبْدٌ، وَوَصَفَهُ. فَلْيُدْفَعْ إِلَيْهِ بِذَلِكَ.

تنبيه: قال الرجراجي: فإن ادّعاه - يعني الآبق - أحد بغير بينة يقيمها فلا يخلو العبد من أن يقر له أم لا. فإن أقر له أخذه بعد الاستيناء قولاً واحداً، وإن لم يقر له بالملك فعلى قولين: أحدهما أن يدفع إليه بعد الاستيناء كما لو اعترف به ويضمنه وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها، والثاني لا يدفع له وهو قول أشهب انتهى. واعلم أن ابن القاسم إنما قال يدفع إليه وإن لم يقر له إذا وصفه ولم يعترف لغيره بالرق ونصه بعد مسألة كتاب القاضي إلى القاضي: فإن ادعى العبد ووصفه ولم يقم البينة عليه فأرى أنه مثل المتاع ينظر فيه الإمام ويتلوم له، فإن جاء أحد يطلبه وإلا دفعه إليه وضمنه إياه. قيل: ولا يلتفت ها هنا إلى العبد إن أنكر أن هذا مولاه إلا أنه مقر أنه عبد لفلان ببلد آخر. قال: يكتب السلطان إلى ذلك الموضع وينظر في قول العبد، فإن كان كما قال وإلا ضمنه هذا وسلمه إليه كالأمتعة انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: إن اعترف الآبق لأحد بالرق كان لمن اعترف له دون من وصفه قولاً واحداً، فإن اعترف لغائب كتب إليه، فإن ادّعاه كان أحق به. واختلف إذا أنكر العبد هذا المدعي ولم يقر لغيره وهو مقر بالعبودية أو قال أنا حر وهو معروف بالرق، هل يكون لمن ادّعاه؟ فأما بالصفة فأرى أن يدفع إليه إذا وصفه صفة تخفي وليست ظاهرة انتهى.

قلت: فمفهوم الشرط في قول المؤلف «إن صدقه» ليس على إطلاقه بل وكذلك يدفع إليه وإن لم يصدقه إذا وصفه ولم يقر لغيره أو أقر وأكذبه الغير فتأمله والله أعلم.

المدونة: إن ادعى أن هذا الابن عبده ولم تقم بينة فإن صدقه العبد دفع إليه، يريد بعد التلوم وتضمينه إياه. قال مالك في متاع وجد مع لصوص يدعيه قوم ولا يعرف ذلك إلا بقولهم: إن الإمام يتلوم فيه فإن لم يأت سواهم دفعه إليهم وكذلك الآبق. قال أشهب: لأن هذا أكثر ما يوجد **(وليرفع للإمام إذا لم يعرف مستحقه إن لم يخف ظلمه)** من المدونة: والآبق إذا اعترفه ربه في يدك ولم تعرفه فأرى أن تدفعه إلى الإمام إن لم تخف ظلمه **(وإن أتى رجل بكتاب قاض أنه قد شهد عندي إن صاحب كتابي هذا فلان هرب منه عبده ووصفه فليدفع إليه بذلك)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن أتى رجل إلى قاض بكتاب من قاض يذكر فيه أنه قد شهد عندي قوم أن فلاناً صاحب كتاب إليك قد هرب منه عبد صفته كذا، فحلاه ووصفه في الكتاب وعند هذا القاضي آبق محبوس على هذه الصفة، فليقبل كتاب القاضي والبينة التي شهدت فيه على الصفة ويدفع إليه العبد قال ابن شاس.

باب الأقضية

أَهْلُ القَضَاءِ: عَدْلٌ، ذَكَرٌ،

باب القضاء

(أهل القضاء عدل) ش: هذا الباب يترجم بكتاب القضاء وكتاب الأقضية، والأقضية جمع قضاء بالمد. قال في القاموس: ويقصر. يطلق في اللغة على الحكم ومنه قوله تعالى ﴿وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه﴾ [الإسراء: ٢٣] أي حكم. ويطلق على الأمر والإيجاب. قال النووي: قال الواحدي: قال عامّة المفسرين وأهل اللغة: قضى هنا بمعنى أمر. وقال غيره: بمعنى أوجب. وقيل: وصى وبها قرأ عليّ وابن مسعود. ورُوي عن ابن عباس أنه قال: التصقت إحدى الواوين بالصاد فصارت قافاً انتهى. ويطلق على الإلزام كما في قوله تعالى ﴿فلما قضينا عليه الموت﴾ [سبأ: ١٤] أي حتمناه وألزمناه به. هذه المعاني متقاربة. ويطلق القضاء على الفراغ من الشيء كقولهم «قضيت حاجتي» «وضربه فقضى عليه» أي قتله كأنه فرغ منه، وسم قاضٍ أي قاتل، وقضى نحبه أي مات وفرغ من الدّنيا. وأصل النحب النذر واستعير للموت لأنه كنذر لازم في رقبة كل حيوان. قال في الصحاح: وقد يكون القضاء بمعنى الأداء والإنهاء. تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾ [الإسراء: ٤] وقوله تعالى ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾ [الحجر: ٦٦] أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك. وقال القرافي في قوله تعالى ﴿ثم اقضوا إليّ﴾ [يونس: ٧١] أي امضوا إليّ. وقد يكون القضاء بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله سبحانه ﴿فقضاهنّ سبع سموات في يومين﴾ [فصلت: ١٢] ومنه القضاء والقدر. ويقال استقضى فلان إذا صير قاضياً، وقضى الأمير قاضياً كما تقول أمر أميراً، وانقضى الشيء وتقضى بمعنى واقتضى به دينه وتقاضاه بمعنى انتهى. وقال الأزهري:

كتاب الأقضية

وفيه ثلاثة أبواب: الأول في التولية والعزل. الباب الثاني في جامع آداب القضاء. الثالث في القضاء على الغائب ويتعلق بالدعوى والمدعي والحاكم إلى قاضٍ آخر والمحكوم به والمحكوم عليه **(أهل القضاء عدل ذكر)** ابن رشد: القضاء خصال مشترطة في صحة الولاية وهي أن يكون ذكراً حراً مسلماً بالغاً عاقلاً واحداً، فهذه ستة خصال لا يصح أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه، فأولى من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية، وإن انخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية. ابن رشد: من هذه الشروط أيضاً العدالة على المشهور من المذهب أن ما مضى من أحكام الفاسق مردودة. قال مالك: لا أرى الخصال تجتمع اليوم في أحد فإن اجتمع فيه خصلتان العلم والورع رأيت أن يولى. قال

....

القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه انتهى. هذا معناه من حيث اللغة. وأما معناه عند أهل الشرع فقال ابن رشد وتبعه ابن فرحون: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام. وقال ابن عرفة: القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين، فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة. وقول بعضهم هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره انتهى.

قلت: واعلم أن القضاء في اصطلاح الفقهاء يطلق على الصفة المذكورة كما في قولهم «ولي القضاء» أي حصلت له الصفة المذكورة، ويطلق على الإخبار المذكور كما في قولهم «قضى القاضي بكذا» وقولهم «قضاء القاضي حق أو باطل» غير أن في تعريف ابن رشد مسامحة من وجوه: الأول: ذكر لفظ الإخبار فإنه يوهم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام. الثاني: أنه يدخل فيه حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجين وحكم المحكم في التحكيم، ومنها أنه يدخل فيه حكم المحتسب والوالي وغيرهما من أهل الولايات الشرعية إذا حكموا بالوجه الشرعي. وقول ابن عرفة إن التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لي وجه خروجه فإن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها وما في معناها مما لا يتعلق بغير الحكمين، ولا يحكم في القصاص واللعان والطلاق والعتاق لتعلق الحق في ذلك بغيرهما. قالوا: فإن حكم فيها بغير جور نفذ حكمه، والظاهر أن التعديل والتجريح كذلك فتأمله والله أعلم.

فائدة: قال ابن عرفة: حال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط، وحال القاضي والمفتي كحال عالم بهما مع علمه بصغراه، ولا خفاء أن العلم بهما أشق وأخصر من العلم بالكبرى فقط. وأيضاً فإن فقه القضاء والفتيا مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها فيلغى طردها ويعمل معتبرها انتهى. وأصله لابن عبد السلام ونقله في التوضيح. قال ابن عبد السلام: وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه ولكنه متميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفاً بفصل القضاء وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه كما أن علم الفرائض كذلك، وكما أن علم التصريف من علم العربية وأكثر أهل زماننا لا يحسنونه وقد

ابن حبيب: إن لم يكن ورعاً عالماً فورع عاقل فبالعقل يسأل وبالورع يقف. وأحضر الرشيد رجلاً ليوليه فقال: لا أحسن القضاء ولا أنا فقيه. فقال الرشيد: إن فيك ثلاث خصال: لك شرف والشرف يمنع صاحبه من الدناآت، ولك حلم والحلم يمنع صاحبه من العجلة ومن لم يعجل قل خطؤه، وأنت رجل تشاور في أمورك ومن شاور كثر صوابه. وأما الفقه فتضم إليك من يفقه. اهـ من الطرطوشي.

يحسنه من هو دونهم في بقية العربية. ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس وهو عسير على كثير من الناس، فتجد الرجل يحفظ كثيراً من العلم ويفهم ويعلم غيره فإذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الصلاة أو من مسائل الإيمان لا يحسن الجواب، بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر، وللشيوخ في ذلك حكايات نبه ابن سهل في أول كتابه على بعضها انتهى. ومنها ما قال البساطي في شرح قول المؤلف فطن وبعصرنا الآن شخص يتعاطى الدقة في العلم وينهى عن جزئية فيتجنبها بشخصها ثم يقع في أخرى مثلها، فإذا قيل له هذه مثل تلك تجنبها ويقع في ثالثة وعلى ذلك انتهى. واعلم أن صفات القاضي المطلوبة فيه على ثلاثة أقسام: الأول: شرط في صحة التولية وعدمه يوجب الفسخ. والثاني: ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطاً في صحة التولية. الثالث: مستحب وليس بشرط. فأشار المؤلف إلى الأول بقوله «أهل القضاء عدل» إلى قوله «وإلا فأمثل مقلد»، وإلى الثاني بقوله «ونفذ حكم أعمى» إلى قوله «ووجب عزله»، وإلى الثالث بقوله «كورع» إلى آخره والله أعلم. وشمل قوله «عدل» الحر المسلم العاقل البالغ بلا فسق كما سيذكره في باب الشهادة. قال القرطبي في شرح مسلم في كتاب الإمارة: وقد نص أصحاب مالك على أن القاضي لا بد أن يكون حراً وأمير الجيش والحرب في معناه فإنها مناصب دينية يتعلق بها تنفيذ أحكام شرعية فلا يصلح لها العبد لأنه ناقص بالرق محجور عليه لا يستقل بنفسه ومسلوب أهلية الشهادة والتنفيذ، ولا يصلح للقضاء ولا للإمارة، وأظن جمهور علماء المسلمين على ذلك انتهى. والظاهر من كلام المؤلف جواز ولاية المعتق. قال ابن عرفة: وهو المعروف، وعزاه ابن عبد السلام للجمهور قالا: ومنعه سحنون خوفاً من استحقاقه فيجب رده إلى الرق ويفضي ذلك إلى رد أحكامه والله أعلم. وظاهر كلامه أيضاً أن ولاية الفاسق لا تصح ولا ينفذ حكمه، وافق الحق أم لم يوافقه، وهو المشهور كما صرّح به في توضيحه، وقاله في التنبيهات، ونقله ابن فرحون وغيره. وقال أصبغ: الفسق موجب للعزل ولا يجوز أن يولى الفاسق ويمضي من أحكامه ما وافق الحق. انتهى من التوضيح بالمعنى. وقال في العمدة: وهل ينعزل بفسقه أم يجب عزله قولان انتهى.
ص: (ذكر) ش: قال في التوضيح: وروى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة. قال ابن عرفة: قال ابن زرقون: أظنه فيما تجوز فيه شهادتها. قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها القضاء مطلقاً.

قلت: الأظهر قول ابن زرقون لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين وقال الفسق لا ينافي القضاء ما نصه: وهذا ضعيف جداً لأن العدالة شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها.

قلت: فجعل ما هو منافٍ للشهادة منافٍ للقضاء فكما أن النكاح والطلاق والعتق

فَطِنٌ، مُجْتَهِدٌ، إِنْ وُجِدَ وَإِلاَّ: فَأَمْثَلُ مُقَلِّدٍ،

والحدود لا تقبل فيها شهادتها فكذلك لا يصح فيها قضاؤها انتهى. ص: (فطن) ش: قال ابن عبد السلام: والمراد من الفطانة بحيث لا يستزل في رأيه ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم انتهى. قال في التوضيح: وهذا الشرط لم يقع في كل نسخ ابن الحاجب، وكلام الطرطوشي يدل على اشتراطه انتهى. وجعل ابن رشد في المقدمات الفطنة من الصفات المستحبة فقال: وأن يكون فطناً غير مخدوع لعقله انتهى. وكذا جعله ابن فرحون من الصفات المستحبة. وقال ابن عرفة: وعد ابن الحاجب كونه فطناً من القسم الأول وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفي بالعقل التكليفي بل لا بد أن يكون بين الفطنة بعيداً من الغفلة. وعده ابن رشد وابن شاس من الصفات المستحبة غير الواجبة. والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الأول، والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة، فعلى هذا طريقة ابن رشد أنسب لأن «فطناً» من أبنية المبالغة كحذر والمبالغة فيها مستحبة انتهى. فلو قال المؤلف «ذا فطنة» لكان أحسن والله أعلم.

لطيفة: قال المشذالي في حاشية المدونة: رُوي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالبصرة عدي بن أرطأة أن اجمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فول القضاء أنفذهما. فجمع عدي بينهما وقال لهما ما عهد به عمر إليه. فقال له إياس: سل عني وعن القاسم فقيهي البصرة الحسن وابن سيرين. وكان القاسم يأتي الحسن وابن سيرين وإياس لا يأتيهما، فعلم القاسم أنه إن سألهما أشارا به فقال له القاسم: لا تسأل عني ولا عنه، فوالله الذي لا إله إلا هو أن إياساً أفقه مني وأعلم بالقضاء، فإن كنت كاذباً فما عليك أن توليني وأنا كاذب، وإن كنت صادقاً فينبغي لك أن تقبل قولي. فقال له إياس: إنك جئت برجل وأوقفته على شفا جهنم فنجى نفسه منها بيمين كاذبة فيستغفر الله منها وينجو مما يخاف. فقال له عدي: أما إنك إذ فهمتها فأنت لها فاستقضاه انتهى. ص: (مجتهد إن وجد وإلا فأمثل مقلد) ش:

(فطن) ابن عرفة:عدّ ابن الحاجب من هذا القسم كون القاضي فطناً وهو ظاهر كلام الطرطوشي: لا يكتفى بالعقل التكليفي بل لا بد أن يكون بين الفطنة بعيداً من الغفلة. وعدّه ابن شاس وابن رشد من الصفات المستحبة غير الواجبة، والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الأول، أو الفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة، فعلى هذا طريقة ابن رشد أنسب لأن فطناً من أبنية المبالغة كحذر، والمبالغة فيها مستحبة لا لازمة، فطنت الشيء، ورجل فطن وفطن من الصحاح، فأتى بصيغة الفاعل على فعل وفعل منها فهمت الشيء وفلان فهم الشيء **(مجتهد إن وجد)** الباجي: لا خلاف في اعتبار كون القاضي عالماً مع وجوده، والذي يحتاج إليه من العلم أن يكون مجتهداً. عياض والمازري وابن العربي: يشترط كونه عالماً مجتهداً أو مقلداً إن فقد

وَزِيدَ للإِمَامِ الأَعْظَمِ: قُرَشِيٌّ

يشير إلى أن القاضي يشترط فيه أن يكون عالماً. وجعل ابن رشد العلم من الصفات المستحبة. وقال ابن عبد السلام: والمشهور أنه من القسم الأول انتهى. وكذا عده صاحب الجواهر والقرافي من القسم الأول وعليه عامة أهل المذهب. وعليه فلا تصح تولية الجاهل ويجب عزله، وأحكامه مردودة ما وافق الحق منها وما لم يوافقه، وسيصرح المؤلف بأنها مردودة ما لم يشاور والله أعلم. ثم إنه إذا وجد مجتهد وجب توليته ولا يجوز لغيره أن يتولى. قال في الذخيرة عن ابن العربي ونقله ابن فرحون: فإن تقلد مع وجود المجتهد فهو متعد جائر انتهى. فظاهر كلام ابن العربي أن الاجتهاد إذا وجد ليس بشرط لا كما تعطيه عبارة المؤلف من أنه شرط يقتضي عدم صحة التولية بل الشرط العلم، وأما الاجتهاد. إذا وجد فلا يجوز العدول عن صاحبه فقط فتأمله. وقال ابن عرفة: وجعل ابن مرزوق كونه عالماً من القسم المستحب، وكذا ابن رشد إلا أنه عبر عنه بأن يكون عالماً يسوغ له الاجتهاد. وقال عياض وابن العربي والمازري: يشترط كونه عالماً مجتهد أو مقلداً إن فقد المجتهد كشرط كونه مسلماً حراً. ثم قال ابن العربي: قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد ومع عدم المجتهد جائز. ثم قال: ففي صحة تولية المقلد مع وجود المجتهد قولان لابن زرقون مع ابن رشد وعياض مع ابن العربي والمازري قائلاً: هو محكي أئمتنا عن المذهب ومع فقده جائز ومع وجود المجتهد أولاً اتفاقاً فيهما انتهى. وانظر كيف عزا لابن العربي عدم صحة ولاية المقلد مع وجود المجتهد مع أنه نقل قبل هذا قوله قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد إلا أن يكون فهم من قوله «جور وتعد» أنها لا تصح فيصح كلامه إلا أن الذي يتبادر للفهم من قوله «جور وتعد» أنها تصح إلا أنه متعدٍ فقط. وعلى ما فهمه ابن عرفة فيسقط الاعتراض السابق على المؤلف، ولعل المؤلف فهمه على ذلك،

المجتهد كشرط كونه حراً مسلماً. المازري: وزماننا عار من الاجتهاد في إقليم المغرب فضلاً عن قضاته. ابن عبد السلام: مواد الاجتهاد في زماننا أيسر منها في زمن المتقدمين لو أراد الله بنا الهداية **(وإلا فأمثل مقلد)**. ابن الحاجب: إن لم يكن مجتهد فمقلد. ابن عبد السلام: ينبغي أن يختار أعلم المقلدين. وهل يلزم المقلد الاقتصار على قول إمامه أم لا؟ الأصل عدم اللزوم ولأن المتقدمين لم يكونوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد، ولا يأمرون من سأل واحداً منهم عن مسألة أن لا يسأل غيره، لكن الأولى في حق القاضي لزوم طريقة واحدة وأنه فطن قلد إماماً لا يعدل عنه لغيره لأن ذلك يؤدي تهمته بالميل، ولما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين **(وزيد للإمام الأعظم قرشي)** موضوع هذا الفرع في كتب أصول الدين، انظره آخر مسألتين من اللمع والإرشاد لأبي المعالي، وانظر حكم المتغلبين في آخر ترجمة من تراجم كتاب الجهاد من ابن يونس. وانظر في كتاب الجهاد من الإكمال، وانظر منهاج المحدثين للنووي عند تكلمه على قوله عليه السلام «ولو كان عبداً». وانظر

فعلم من هذا أن كلام المؤلف ماش على ما عزاه ابن عرفة لعياض والمازري وابن العربي والله أعلم. وقول المؤلف «أمثل مقلد» يشير به إلى قول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب فإن لم يوجد مجتهد فمقلد، إلا أنه ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه، ويعلم منه ما هو أجرى على أصل أمامه مما ليس كذلك. وأما إن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم، هل يجوز توليته القضاء أو لا. وهذه المسألة مفرعة على جواز تقليد الميت انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا قلت: قوله اختلاف في جواز توليته» إن أراد مع وجود ذي الرتبة الأولى فصحيح، وإن أراد مع فقده فظاهر أقوالهم صحة توليته خوف تعطيل الحكم بين الناس دون خلاف في ذلك انتهى. وقال ابن عبد السلام على جواز تقليد الميت: نقل ابن عرفة عن أهل الأصول انعقاد الإجماع على جواز تقليد الميت وسيأتي بعد هذا. وكلام القرافي في أول الباب الثاني من كتاب القضاء يؤذن بصحة ولاية هذا الذي قال ابن عبد السلام إن فيه اختلافاً فراجعه والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قول المؤلف «مجتهدان وجد» قال البساطي: يقتضي أنه ممكن، فإن عنى به أنه مجتهد في مذهب مالك فقد يدعي أنه ممكن، وإن أراد المجتهد في الأدلة فهذا غير ممكن. وقول بعض الناس إن المازري وصل إلى رتبة الاجتهاد كلام غير محقق لأن الاجتهاد مبدؤه صحة الحديث عنده وهو غير ممكن ولا بد فيه من التقليد. وقول الشيخ محيي الدين النووي إنه ممكن كالكلام المتقدم انتهى. وتأمل كلامه هذا فإنه يقتضي أن الاجتهاد غير ممكن، والخلاف بين علماء الأصول إنما هو هل يمكن خلو الزمان عن مجتهد أم لا. وكلام ابن عبد السلام يشهد لإمكانه لقوله: وما أظنه انقطع بجهة المشرق فقد كان منهم من ينسب إلى ذلك ممن هو في حياة أشياخنا وأشياخ أشياخنا، ومواد الاجتهاد في زماننا أيسر منها في زمان المتقدمين لو أراد الله بنا الهداية، ولكن لا بد من قبض العلم بقبض العلماء كما أخبر به الصادق صلوات الله عليه. انتهى ونحوه في التوضيح وزاد: لأن الأحاديث والتفاسير قد دونت وكان الرجل يرحل في سماع الحديث الواحد. فإن قيل يحتاج المجتهد إلى أن يكون عالماً بمواضع الإجماع والخلاف وهو متعذر في زماننا لكثرة المذاهب وتشعبها. قيل: يكفيه أن يعلم أن المسألة ليست مجمعاً عليها لأن المقصود أن يحترز من مخالفة الإجماع وذلك ممكن انتهى. وقول البساطي «لا بد في صحة الحديث من التقليد» لا يلزم منه عدم إمكان المجتهد لأن التقليد في صحة الحديث لا يقدح في الاجتهاد فتأمله والله أعلم. وقال ابن عرفة: وما أشار إليه ابن عبد السلام من يسر الاجتهاد هو ما سمعته يحكيه عن بعض الأشياخ أن قراءة مثل هذه الجزولية والمعالم الفقهية والاطلاع على أحاديث الأحكام الكبرى لعبد الحق ونحو ذلك يكفي في تحصيل أدلة الاجتهاد، يريد مع يسر الاطلاع على فهم مشكل اللغة بمختصر العين

....

والصحاح للجوهري ونحو ذلك من غريب الحديث ولا سيما مع نظر ابن القطان وتحقيقه أحاديث الأحكام وبلوغ درجة الإمامة أو ما قاربها في العلوم المذكورة غير مشترط الاجتهاد إجماعاً. وقال الفخر في المحصول وتبعه السراج في تحصيله والتاج في حاصله في كتاب الإجماع ما نصه: ولو بقي من المجتهدين والعياذ بالله واحد كان قوله حجة، فاستعاذتهم تدل على بقاء الاجتهاد في عصرهما والفخر توفي سنة ست وستمائة ولكن قالوا في كتاب الاستغناء انعقد الإجماع في زماننا على تقليد الميت إذ لا مجتهد فيه انتهى.

الثاني: بقي على المؤلف شرط آخر وهو أن يكون القاضي واحداً، نص عليه في المقدمات ونصه: فأما الخصال المشترطة في صحة الولاية فهي أن يكون حراً مسلماً عاقلاً بالغاً ذكراً واحداً. فهذه الست الخصال لا يصلح أن يولى القضاء على مذهبنا إلا من اجتمعت فيه، فإن ولي من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية، وإن انخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية انتهى. ثم ذكر العدالة وقال: إنه من هذا القسم على المشهور. وإنما أخرها لأن فيه خلافاً. وأما العلم والفطنة فعدهما من الصفات المستحبة كما تقدم. وممن نقل هذا الشرط ابن شاس والقرافي واستوفى ابن غازي الكلام عليه عند قول المؤلف «وجاز تعدد مستقل» والله أعلم.

الثالث: قال في المقدمات «يجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه وإن اجتمعت فيه شرائط القضاء مخافة أن يوكل إليه فلا يقوم به انتهى. ويريد إلا أن يتعين عليه فيجب عليه حينئذ السؤال. وهذا في السؤال بغير بذل مال فكيف مع بذل المال نسأل الله العافية والسلامة. والظاهر أنه إذا طلب فولى لا يجب عزله إذا كان جامعاً لشروط القضاء والله أعلم. فهذه المسألة مع مسألة تولية المقلد مع وجود المجتهد قسم رابع فإنه لا تجوز التولية أولاً، فإذا ولي لا ينعزل. وقال القرطبي في شرح قوله ﷺ «لا تسأل الإمارة». هو نهي وظاهره التحريم وعليه يدل قوله بعد «أنا لا نولي على عملنا من أراده» انتهى والله أعلم.

الرابع: قال البرزلي في مسائل الأقضية عن السيوري: إذا تجرح الناس لعدم القضاة أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في جميع ما وصفته وفي جميع الأشياء، فيجتمع أهل الدين والفضل فيقومون مقام القاضي مع فقده في ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك. قلت: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي مع فقده إلا في مسائل تقدم شيء منها انتهى. انظر المشذالي في كتاب الاجتهاد فإنه ذكر أن الجماعة تقوم مقام القاضي في مسائل، وذكر ذلك أيضاً في كتاب الصلح، وذكره البرزلي في كتاب السلم، وقد ذكرت كلام المشذالي في باب النفقات في الطلاق على الغائب بالنفقة والله أعلم.

الخامس: قال في الذخيرة في الباب الثالث من كتاب الأقضية في الكلام على ولاية

فَحَكَمَ بِقَوْلِ مُقَلِّدِهِ،

الظالم: نص ابن أبي زيد في النوادر على أنا إذا لم نجد إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح، وما أظنه يخالفه أحد في هذا لأن التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في أحكام المظالم انتهى. ص: **(فحكم بقول مقلده)** ش: قال ابن فرحون: فصل: يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه. وذكر عن المازري رحمه الله أنه بلغ درجة الاجتهاد وما أفتى قط بغير المشهور، وعاش ثلاثاً وثمانين سنة وكفى به قدوة في هذا، فإن لم يقف على المشهور من القولين أو الروايتين فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر وترجيح، فقد قال ابن الصلاح رحمه الله في كتاب «أدب المفتي والمستفتي»: اعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو علمه موافقاً لقول أو وجه في المسألة أو يعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح، فقد جهل وخرق الإجماع وسبيله سبيل الذي حكى أبو الوليد الباجي عن فقهاء أصحابه أنه كان يقول الذي لصديقي عليّ إذا وقعت له حكومة أن أفتيه بالرواية التي توافقه. وحكى الباجي عمن يثق به أنه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب من فقهائهم يعني المالكية من أهل الصلاح بما يضره، فلما عاد سألهم فقالوا: ما علمنا أنها لك وأفتوه بالرواية الأخرى التي توافقه. قال الباجي: وهذا لا خلاف فيه بين المسلمين ممن يعتد به في الإجماع أنه لا يجوز. وقال ابن الصلاح: فإذا وجد من ليس أهلاً للتخريج والترجيح اختلافاً بين أئمة المذهب في الأصح من القولين أو الوجهين، فينبغي أن يفزع في الترجيح إلى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بآرائهم فيعمل بقول الأكثر والأورع والأعلم، فإذا اختص أحدهم بصفة أخرى قدم الذي هو أحرى منهما بالإصابة، فالأعلم الورع مقدم على الأورع العالم. وكذا إذا وجد قولين أو وجهين لم يبلغه عن أحد من أئمة المذهب بيان الأصح منهما اعتبر أوصاف ناقليهما أو قائليهما، قال ابن فرحون: وهذا الحكم جارٍ في أصحاب المذاهب الأربعة ومقلديهم. وقال بعده بأسطر يسيرة: وهذه الأنواع من الترجيح معتبرة أيضاً بالنسبة إلى أئمة المذهب.

قال ابن أبي زيد في أول النوادر: إن كتابه اشتمل على كثير من اختلاف المالكيين قال: ولا ينبغي الاختيار من الاختلاف للمتعلم ولا للمقصر، ومن لم يكن فيه محل لاختيار

القبس عند تكلمه على حديث «بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة. وقال ابن يونس ما نصه: قال أبو محمد: كل من ولي أمر المسلمين عن رضا أو غلبة فاشتدت وطأته من بر وفاجر فلا يخرج عليه جار أو عدل ويغزي معه العدو ويحج البيت وتدفع إليه الصدقة، وهي مجزئة إذا طلبوها وتصلي خلفه الجمعة. قال: كان عبد الله بن عمر يدفع زكاة ماله إلى كل من غلب على المدينة وقد صلى خلف الحجاج. **(بحكم بقول مقلده)**. ابن الحاجب: يلزمه المصير إلى قول مقلده. وقيل: لا يلزمه.

....

القول فله في اختيار المفتيين من أصحابنا من نقادهم مقنع مثل سحنون وأصبغ وعيسى بن دينار، ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون وابن المواز أكثرهم تكلفاً للاختيارات، وابن حبيب لا يبلغ في اختياراته وقوّة رواياته مبلغ من ذكرنا. انتهى كلام ابن فرحون. ثم نقل عن القرافي في كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ما نصه: الحاكم إن كان مجتهداً لم يجز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به، وإن لم يكن راجحاً عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به إمامه. وأما اتباع الهوى في القضاء والفتيا فحرام إجماعاً. نعم اختلف العلماء إذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح، هل يتساقطان أو يختار أحدهما يفتي به؟ قولان للعلماء. فعلى أنه يختار للفتيا فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس براجح عنده، وهذا مقتضى الفقه والقواعد. وعلى هذا التقدير فيتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعاً للهوى بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوي، أما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلاف الإجماع. وقال أيضاً في أول هذا الكتاب: إن للحاكم أن يحكم بأحد القولين المتساويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلة القولين إجماعاً، فتأمل هذا مع ما سبق من كلامه في قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح. انتهى كلام ابن فرحون. فتحصل منه أنه إذا تساوى القولان من كل وجه أو عجز عن الاطلاع على أوجه الترجيح، فله أن يحكم أو يفتي بأحد القولين. ومن ابن فرحون أيضاً: واعلم أنه لا يجوز للمفتي أن يتساهل في الفتوى ومن عرف بذلك لم يجز أن يستفتي. والتساهل قد يكون بأن لا يتثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقه من النظر والفكر وربما يحمله على ذلك توهمه أن الإسراع براعة والإبطاء عجز، ولأن يبطىء ولا يخطىء أجمل به من أن يعجل فيضل ويضل. وقد يكون تساهله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحذورة أو المكروهة بالتمسك بالشبه طلباً للحرص على من يروم نفعه أو التغليظ على من يروم ضرره. قال ابن الصلاح: ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه. قال: وأما إذا صح قصد المفتي واحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجرّ إلى مفسدة ليخلص بها المفتي من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل. وقال القرافي: إذا كان في المسألة قولان، أحدهما فيه تشديد والآخر فيه تسهيل، فلا ينبغي للمفتي أن يفتي العامة بالتشديد، والخواص وولاة الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدّين والتلاعب بالمسلمين، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق، نعوذ بالله من صفات الغافلين والحاكم كالمفتي في هذا انتهى.

فروع: الأول: ما تقدّم عن القرافي إنما هو إذا وجد في النازلة نصاً، فأما إن لم يجد فنقل في التوضيح عند قول ابن الحاجب «فيلزمه المصير إلى قول مقلده» عن ابن العربي

. . . .

ما نصه: ويقضي حينئذ بفتوى مقلده بنص النازلة، فإن قاس على قوله أو قال يجيء من كذا كذا فهو متعد. خليل: وفيه نظر، والأقرب جوازه للمطلع على مدارك إمامه انتهى. وقال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن العربي: قلت: يرد كلامه بأنه يؤدّي إلى تعطيل الأحكام لأن الفرض عدم المجتهد لامتناع تولية المقلد مع وجوده، فإذا كان حكم النازلة غير منصوص عليه ولم يجز للمقلد المولى القياس على قول مقلده في نازلة أخرى تعطلت الأحكام، وبأنه خلاف عمل متقدمي أهل المذهب كابن القاسم في المدونة في قياسه على أقوال مالك ومتأخريهم كاللخمي وابن رشد والتونسي والباجي وغير واحد من أهل المذهب، بل من تأمل كلام ابن رشد وجده يعد اختياراته بتخريجاته في تحصيله الأقوال أقوالاً انتهى. وقد عدّ هو أعني ابن عرفة فتوى ابن عبد الرؤوف وابن السباق وابن دحون ونحوهم أقوالاً ذكر ذلك في السلم في شرط كونه يتعلق بالذمم، ونقل لابن الطلاع قولاً في المذهب نقله في غسل الوجه في الوضوء وجعله مقابلاً لقول ابن القصار، وكان الشيخ خليل وابن عرفة لم يقفا على كلام القرافي في الذخيرة وبحثه مع ابن العربي ونصه بعد أن ذكر كلام ابن العربي.

تنبيه: قوله «فإن قاس على قوله فهو متعدّ» قال العلماء: المقلد قسمان: محيط بأصول مذهب مقلدة وقواعده بحيث تكون نسبته إلى مذهبه كنسبة المجتهد المطلق إلى أصول الشريعة وقواعدها، فهذا يجوز له التخريج والقياس بشرائطه كما جاز للمجتهد المطلق. وغير محيط فلا يجوز له التخريج لأنه كالعامي بالنسبة إلى حملة الشريعة، فينبغي أن يحمل قوله على القسم الثاني فيتجه وإلا فمشكل. انتهى من الباب الثاني وقال في الباب الخامس: المقلد له حالان: تارة يحيط بقواعد مذهبه فيجوز له تخريج غير المنصوص على المنصوص بشرط تعذر الفرق ومع إمكانه يمتنع لأن نسبته إلى إمامه وقواعده كنسبة المجتهد المطلق إلى صاحب الشريعة وشريعته حكماً، فكما للمجتهد المطلق التخريج عند عدم الفارق ويمتنع عند الفارق، فكذلك هذا المقلد. وتارة لا يحيط بقواعد مذهبه فلا يجوز له التخريج وإن بعد الفارق لاحتمال أنه لو اطلع على قواعد مذهبه لأوجب له الاطلاع الفرق. ونسبته إلى مذهبه كنسبة من دون المجتهد المطلق إلى حملة الشريعة، فكما يحرم على المقلد التخريج فيما ليس مذهب العلماء ويحرم عليه اتباع الأدلة ويجب عليه أن لا يعمل إلا بقول عالم وإن لم يظهر له دليله لقصوره عن رتبة الاجتهاد، فكذلك هذا وهو المراد بما تقدّم في شروط القضاء أنه لا يخرج ولا يحكم إلا بالمنصوص فافهم هذا التخريج فإنه يطرد في الفتيا أيضاً انتهى. وقال ابن رشد في أجوبته في جواب سؤال سئل عنه: والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزماً للمذهب المالكي وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك، قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول لأنه لا يكون للمذهب المالكي إلا بما بان له من صحة أصوله، فسبيل

....

هذا القاضي فيما يمر به من نوازل الأحكام التي لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه التي قد بانت له صحة، أن لا يقضي فيها إلا بفتوى من يسوغ له الاجتهاد ويعرف وجه القياس إن وجده في بلده وإلا طلبه في غير بلده، فإن قضى فيه برأيه ولا رأي له أو برأي من لا رأي له كان حكمه موقوفاً على النظر، ويأمر الإمام القاضي إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولا كان في بلده من يسوغ له الاجتهاد لا يقضي فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد انتهى. وسيأتي كلامه على الطائفة التي أحال عليها في الكلام على المفتي.

وقال ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد فيلزمه المصير إلى قول مقلده، وقيل لا يلزمه، وقيل لا يجوز له إلا باجتهاده. قال ابن عبد السلام: يعني إن ولي مقلد لعدم المجتهد فهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه أو لا يلزمه ذلك والأصل عدم اللزوم وهو الأقرب إلى عادة المتقدمين، فإنهم ما كانوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد ولا يأمرون من سأل أحدهم عن مسألة أن لا يسأل غيره لكن الأولى عندي في حق القاضي لزوم طريقة واحدة، وأنه إذا قلد إماماً لا يعدل عنه لغيره لأن ذلك يؤدي إلى اتهامه بالميل مع أحد الخصمين، ولما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله له. قلت: حمله كلام المؤلف على أن في لزوم المقلد اتباع قول إمامه وجواز انتقاله عنه إلى قول غيره قولين فيه نظر، لأن القولين على هذا الوجه ليسا بموجودين في المذهب فيما أدركت، والصواب تفسير القولين بما قدمناه من قول ابن العربي بنص قول مقلده فإن قاس عليه أو قال يجيء من كذا فهو متعد، وبقول التونسي واللخمي وابن رشد والباجي وأكثر الشيوخ بالتخريج من قول مالك وابن القاسم وغيرهما حسبما قدمناه عنهم انتهى. بل في نظره نظر، ولا أرجحية لحمله لأن القولين اللذين فسر ابن عبد السلام بهما كلام ابن الحاجب موجودان. أما الأول فبقول ابن العربي يحكم بفتوى مقلده بنص النازلة، والثاني حكاه في الجواهر عن الطرطوشي ونصه: ولا يلزم أحداً من المسلمين أن يقلد في النوازل والأحكام من يعتزى إلى مذهبه، فمن كان مالكياً لم يلزمه المصير في أحكامه إلى قول مالك، وهكذا القول في سائر المذاهب، بل أينما أداه اجتهاده من الأحكام صار إليه. فإن شرط على القاضي أن يحكم بمذهب إمام معين فالعقد صحيح والشرط باطل، كان موافقاً لمذهب المشترط أو مخالفاً له. انتهى من التوضيح. وانظر هذا مع ما نقله ابن فرحون في تبصرته في الباب الرابع من القسم الأول، فإنه نقل عن الطرطوشي أن العقد باطل والشرط باطل. انتهى فتأمله. ثم قال ابن عبد السلام؛ وقوله «وقيل لا يجوز إلا باجتهاده» يعني أنه لا يجوز تولية المقلد ألبتة، ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد موجودة لزمن انقطاع العلم كما أخبر به ﷺ وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ. قال ابن عرفة: حمله على عدم تولية المقلد مطلقاً هو ظاهر لفظه، وقبوله إياه يقتضي وجوده في المذهب

....

ولا أعرفه في المذهب إلا ما حكاه المازري عن الباجي في تعليله منع تولية قاضيين لا ينفذ حكم أحدهما دون الآخر، فإن ذلك يوجب التعطيل لأن غالب المجتهدين الخلاف والمقلدان توليتهما ممنوعة. كذا نقل المازري عن الباجي ولم أجده له في المنتقى ولا في كتاب ابن زرقون انتهى.

ثم ذكر ما نقلناه عنه أولاً وهو قوله «وما أشار إليه من يسر الاجتهاد» إلى آخره. ثم قال: والأظهر تفسير كلام ابن الحاجب بجعل الضمير المخفوض في قوله «باجتهاده» عائداً على «مقلده» بفتح اللام، ومعناه أنه يجوز للقاضي المقلد لمالك مثلاً في المسألة التي لا نص فيها أن يجتهد فيها باجتهاد إمامه أي بقواعده المعروفة له في طرق الأحكام الكلية كقاعدته في تقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد العدل وعلى القياس، وكقوله بسد الذرائع إلى غير ذلك من قواعده المخصوصة به في أصول الفقه. ولا يجوز له أن يجتهد في القياس على قوله اجتهاداً مطلقاً من غير مراعاة قواعده الخاصة به، فيتحصل من نقل ابن الحاجب في اجتهاد المقلد فيما لا نص لمقلده فيه ثلاثة أقوال: المنع مطلقاً وهو نص ابن العربي وهو ظاهر ما تقدم من نقل الباجي ولا يفتي إلا من هذه صفته إلا أن يخبر بشيء سمعه. والثاني جواز القياس مطلقاً من غير مراعاة قواعده الخاصة به وهو قول اللخمي وفعله، ولذا قال عياض في مداركه اختيارات له خرج بكثير منها عن المذهب. الثالث: جواز اجتهاده بعد مراعاة قواعد إمامه الخاصة به، وهذا هو مسلك ابن رشد والمازري والتونسي وأكثر الإفريقيين الأندلسيين. وأما الملازمة في قوله «وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ» ففي صدقها نظر لأن تقديرها إن خلا الزمان عن مجتهد اجتمعت الأمة على الخطأ وهذه مصادرة، لأنه لا يلزم كونها مخطئة إلا إذا ثبت عدم الاكتفاء بالتقليد، وأما إذا كان جائزاً فلا، والمسألة مشهورة في أصول الفقه. قال ابن الحاجب: يجوز خلو الزمان عن مجتهد خلافاً للحنابلة. زاد الآمدي وغيره: وجوزه آخرون وهو المختار انتهى. وقال المشذالي في حاشيته: ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقر إلى حفظ واسع واطلاع بارع وإدراك جيد نافع وخصوصاً المدونة فإن فيها أزمة وافرة فيما يرجع إلى اقتناص الأحكام، ومن كتب الأحكام المتيطية فإن فيها جملة صالحة والتوفيق بيد الله.

الثاني: وأما شرط الفتوى فقال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في الفتوى وصفة المفتي فقال: الذي أقول به في ذلك أن الجماعة التي تنسب إلى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاث طوائف: طائفة منهم اعتقدت صحة مذهب مالك تقليداً بغير دليل فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه دون التفقه في معانيها بتمييز الصحيح منها والسقيم. وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها من صحة أصوله التي بناه عليها فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه وتفقهت

....

في معانيها، فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول. وطائفة اعتقدت صحة مذهب بما بان لها أيضاً من صحة أصوله لكونها عالمة بأحكام القرآن عارفة بالناسخ والمنسوخ والمفصل والمجمل والخاص من العام عالمة بالسنين الواردة في الأحكام، مميزة بين صحيحها من معلولها، عالمة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه، عالمة من علم اللسان بما يفهم به معاني الكلام، عالمة بوضع الأدلة في مواضعها. فأما الطائفة الأولى فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك وقول أحد من أصحابه إذ لا علم عندها بصحة شيء من ذلك إذ لا يصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم، ويصح لها في خاصتها إن لم تجد من يصح لها أن تستفتيه أو تقلد مالكاً أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم. وإن لم يعلم من نزلت به نازلة من يقلده فيها من قول مالك وأصحابه فيجوز للذي نزلت به النازلة أن يقلده فيما حكاه له من قول مالك في نازلته ويقلد مالكاً في الأخذ بقوله فيها، وذلك أيضاً إذا لم يجد في عصره من يستفتيه في نازلته فيقلده فيها. وإن كانت النازلة قد علم فيها اختلافاً من قول مالك وغيره فأعلمه بذلك كان حكمه في ذلك حكم العامي إذا استفتى العلماء في نازلته فاختلفوا عليه فيها، وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يأخذ بما شاء من ذلك، والثاني أنه يجتهد في ذلك فيأخذ في ذلك بقول أعلمهم. والثالث أنه يأخذ بأغلظ الأقوال. وأما الطائفة الثانية فيصلح لها إذا استفتيت أن تفتي بما علمته من قول مالك وقول غيره من أصحابه إذا كانت قد بانت لها صحته كما يجوز لها في خاصتها الأخذ بقوله إذا بانت لها صحته، ولا يجوز لها أن تفتي بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه نصاً من قول مالك أو قول غيره من أصحابه وإن كانت قد بانت لها صحته إذ ليست ممن كمل آلات الاجتهاد الذي يصح لها بها قياس الفروع على الأصول. وأما الطائفة الثالثة فهي التي يصح لها الفتوى عموماً بالاجتهاد والقياس على الأصول التي هي الكتاب والسنة وإجماع الأمة بالمعنى الجامع بينها وبين النازلة وعلى ما قيس عليها إن قدم القياس عليها ومن القياس جلي وخفي، لأن المعنى الذي يجمع بين الأصل والفرع قد يعلم قطعاً بدليل قاطع لا يحتمل التأويل، وقد يعلم بالاستدلال فلا يوجب إلا غلبة الظن، ولا يرجع إلى القياس الخفي إلا بعد القياس الجلي. وهذا كله يتفاوت العلماء في التحقيق بالمعرفة به تفاوتاً بعيداً وتفترق أحوالهم أيضاً في جودة الفهم لذلك وجودة الذهن فيه افتراقاً بعيداً، إذ ليس العلم الذي هو الفقه في الدين بكثرة الرواية والحفظ وإنما هو نور يضعه الله حيث يشاء، فمن اعتقد في نفسه أنه ممن تصح له الفتوى بما أتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له إن استفتي أن يفتي، وإذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز له أن يفتي فمن الحق للرجل أن لا يفتي حتى يرى نفسه أهلاً لذلك ويراه الناس أهلاً له على ما حكى مالك عن أن ابن هرمز أشار بذلك على من استشاره

السلطان فاستشاره في ذلك. وقد أتى ما ذكرناه على ما سألت عنه من بيان صفات المفتي التي ينبغي أن يكون عليها في هذا العصر إذ لا تختلف صفات المفتي التي تلزم أن يكون عليها باختلاف الأعصار.

وأما السؤال عن بيان ما يلزم في مذهب مالك لمن أراد في هذا الوقت أن يكون مفتياً على مذهب مالك فإنه سؤال فاسد إذ ليس أحد بالخيار في أن يفتي على مذهب مالك ولا على مذهب غيره من العلماء، بل يلزمه ذلك إذا قام عنده الدليل على صحته، ولا يصح له إن لم يقم عنده الدليل على صحته. والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزماً للمذهب المالكي، وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك. قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول، وذكر بقية كلامه المتقدم في الفرع الذي قبل هذا. وقال ابن عرفة: وأما شرط الفتوى ففيها لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أهلاً للفتوى. وقال سحنون: الناس هنا العلماء. قال ابن هرمز: ويرى هو نفسه أهلاً لذلك. قال القرافي إثر هذا الكلام: وما أفتى مالك حتى أجازه أربعون محنكاً لأن الحنك ـ وهو اللثام تحت الحنك ـ من شعار العلماء حتى إن مالكاً سئل عن الصلاة بغير حنك فقال: لا بأس بذلك. وهذه إشارة إلى تأكيد التحنيك، وهذا شأن الفتيا في الزمن المتقدم. وأما اليوم فقد خرق هذا السياج وهان على الناس أمر دينهم فتحدثوا فيه بما يصلح وما لا يصلح وعسر عليهم اعترافهم بجهلهم وأن يقول أحدهم لا أدري فلا جرم آل الحال بالناس إلى هذه الغاية بالاقتداء بالجهال والمتجرئين على دين الله تعالى انتهى.

قلت: وقع هذا في رسم الشجرة من جامع العتبية لابن هرمز فيما ذكره مالك عنه وليس فيه «ويرى نفسه أهلاً لذلك» فقال ابن رشد: زاد في هذه الحكاية في كتاب الأقضية من المدونة «ويرى نفسه أهلاً لذلك» وهي زيادة حسنة لأنه أعرف بنفسه وذلك أن يعلم نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد، وذلك علمه بالقرآن، وناسخه ومنسوخه، ومفصله من مجمله، وعامه من خاصه، وبالسنة مميزاً بين صحيحها وسقيمها، عالماً بأقوال العلماء وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه، عالماً بوجوه القياس ووضع الأدلة مواضعها، وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام. وفي نوازل ابن رشد أنه سئل عمن قرأ الكتب المستعملة مثل المدونة والعتبية دون رواية أو الكتب المتأخرة التي لا توجد فيها رواية، هل يستفتى؟ وإن أفتى وقد قرأها دون رواية هل تجوز شهادته أم لا؟ فأجاب: من قرأ هذه الكتب وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معناها وأصول مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع وذكر ما نقلناه عنه في البيان في كلامه السابق ثم قال: فهذا يجوز له أن يفتي فيما ينزل ولا نص فيه باجتهاده قال: ومن لم يلحق هذه

....

الدرجة لم يصلح أن يستفتي في المجتهدات التي لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتي في شيء منها إلا أن يعلم برواية عن عالم فيقلده فيما يخبر به، وإن كان فيها اختلاف أخبر بالذي ترجح عنده إن كان ممن له فهم ومعرفة بالترجيح.

قلت: وهذا حال كثير ممن أدركناه وأخبرنا عنهم أنهم كانوا يفتون ولا قراءة لهم في العربية فضلاً عما سواها من أصول الفقه. وقد ولي خطتي قضاء الأنكحة والجماعة بتونس من قال ما فتحت كتاباً في العربية على أحد، ومثله ولي القضاء في أوائل هذا القرن ببجاية، وقد رأيت بعض هؤلاء يقرأون التفسير وأخبرت أن بعضهم كان منعه قاضي وقته فلما مات أقرأه. وأفتى ابن عبد السلام بوجوب منع من لم يكن له مشاركة في علم العربية من إقراء التفسير ثم كان في حضرته من يقرئه بل ولاه محل أقرائه وهو ممن لم يقرأ في العربية كتاباً والله أعلم بحال ذلك كله. وفي المقدمات: ينبغي للقاضي أن يكون عالماً بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات لاختلاف المعاني باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات. وقال القرافي ما حاصله: يجوز لمن حفظ رواية المذهب وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه منها، وما ليس محفوظاً له منها لا يجوز له تخريجه على ما هو محفوظ له منها إلا إن حصل علم أصول الفقه وكتاب القياس وأحكامه وترجيحاته وشرائطه وموانعه وإلا حرم عليه التخريج. قال: وكثير من الناس يقدمون على التخريج دون هذه الشرائط بل صار يفتي من لم يحط بالتقييدات ولا التخصيصات من منقول إمامه وذلك فسق ولعب. وشرط التخريج على قول إمامه أن يكون القول المخرج عليه ليس مخالفاً للإجماع ولا لنص ولا لقياس جلي، لأن القياس عليه حينئذ معصية وقول إمامه ذلك غير معصية لأنه باجتهاد أخطأ فيه فلا يأثم. وتحصيل حفظ القواعد الشرعية إنما هو بالمبالغة في تحصيل مسائل الفقه بأصولها وأصول الفقه لا تفيد ذلك، ولذا ألفت هذا الكتاب المسمى بالقواعد. قلت: قوله «ليس مخالفاً للإجماع ولا لنص» أما الإجماع فمسلم، وأما النص فليس كذلك لنص مالك في كتاب الجامع من العتبية وغيره على مخالفة نص الحديث الصحيح إذا كان العمل بخلافه انتهى. وكلام القرافي هذا في الفرق الثامن والتسعين، وقول ابن عرفة في أول الكلام. وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه. عبارة القرافي: فهذا يجوز له أن يفتي بجميع ما يحفظه وينقله من مذهبه اتباعاً لمشهور ذلك المذهب بشروط الفتيا انتهى. واختصر ابن عرفة كلامه فيه جداً. قال القرافي في الفرق المذكور: وكل شيء أفتى به المجتهد فوقعت فتياه فيه على خلاف الأصل والقواعد والإجماع والنص والقياس الجلي السالم عن المعارض الراجح، لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس ولا يفتي به في دين الله تعالى، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه وما لا نقره شرعاً بعد تقرره بحكم الحاكم أولى أن لا نقره إذا لم يتأكد، وهذا لم يتأكد فلا نقره والفتيا بغير شرع حرام فالفتيا بهذا حرام. وإن كان الإمام

المجتهد غير عاص فعلى أهل العصر تفقد مذاهبهم، فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به ولا يعرى مذهب من المذاهب عنه لكنه قد يقل وقد يكثر غير أنه لا يقدر أن يعرف هذا من مذهبه إلا إن عرف القواعد والقياس الجلي والنص الصريح وعلة المعارض لذلك وذلك يعتمد تحصيل الفقه والتبحر في الفقه فإن القواعد ليست مستوعبة في أصولِ الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفقه والفتوى لا توجد في كتب أصول الفقه أصلاً وذلك هو الباعث لي على تصنيف هذا الكتاب لضبط تلك القواعد بحسب طاقتي، وباعتبار هذا الشرط يحرم على أكثر الناس الفتيا فتأمل ذلك فإنه أمر لازم ولذلك كان السلف رضي الله عنهم يتوقفون في الفتيا توقفاً شديداً انتهى.

قلت: والظاهر أن قول القرافي «وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها» يعني غلب على ظنه أن هذه الرواية مطلقة وهذه مقيدة، وأما القطع بأن هذه الرواية ليست مقيدة فبعيد ويكفي الآن في ذلك وجود المسألة في التوضيح أو في ابن عبد السلام. قال ابن فرحون: قال المازري في كتاب الأقضية الذي يفتي به في هذا الزمان: أقل مراتبه في نقل المذهب أن يكون قد استبحر في الاطلاع على روايات المذهب وتأويل الشيوخ لها، وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق إلى النفس تباعدها، وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع في النفس تقاربها وتشابهها إلى غير ذلك مما بسطه المتأخرون في كتبهم وأشار إليه المتقدمون من أصحاب مالك في كثير من رواياتهم، فهذا لعدم النظار يقتصر على نقله عن المذهب انتهى. وفي آخر خطبة البيان والتحصيل لابن رشد قال: إذا جمع الطالب المقدمات إلى هذا الكتاب يعني البيان والتحصيل، حصل على معرفة ما لا يسع جهله من أصول الديانات وأصول الفقه، وعرف العلم من طريقه وأخذه من بابه وسبيله، وأحكم رد الفرع إلى الأصل، واستغنى بمعرفة ذلك كله عن الشيوخ في المشكلات، وحصل في درجة من يجب تقليده في النوازل المعضلات، ودخل في زمرة العلماء الذين أثنى الله عليهم في غير ما آية من كتابه ووعدهم فيه بترفيع الدرجات انتهى. وقد تقدم في أول المختصر عند قول المصنف مبيناً لما به الفتوى في الكلام على الديباجة بعض هذه النصوص وشيء من هذا المعنى والله أعلم.

الثالث: لم يتعرض المؤلف لما تنعقد به الولاية. وقال ابن بشير: في التحرير لانعقاد الولاية ثلاثة شروط: العلم بشرائط الولاية في المولى فإن لم يعلمها إلا بعد التقليد استأنفه. الثاني ذكر المولى له كالقضاء أو الإمارة فإن جهل ذلك فسدت. الثالث ذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية ليمتاز عن غيره. انتهى ونقله القرافي ونقله ابن فرحون عن ابن الأمين.

الرابع: قال ابن فرحون: قال الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن يحيى بن الأمين القرطبي:

....

لألفاظ التي تنعقد بها الولايات أربعة: صريح وكناية. فالصريح أربعة ألفاظ وهي: وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك. والكناية ثمانية ألفاظ وهي: اعتمدت عليك، وعولت عليك، ورددت إليك، وجعلت إليك، وفوضت إليك، ووكلت إليك، وأسندت إليك. قال غيره: وعهدت إليك. وتحتاج الكناية إلى أن يقترن بها ما ينفي الاحتمال مثل «احكم فيما اعتمدت عليك فيه» وشبه ذلك انتهى ونقله ابن بشير في التحرير.

الخامس: قال ابن عرفة: وتولية الإمام قاضيه تثبت بإشهاده بها نصاً والأصح ثبوتها بالاستفاضة الدالة على توليته والقرائن على علم ذلك، ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ على الإمام إن لم ينظر الشهود في الكتاب المقروء لجواز أن يقرأ القارىء ما ليس في الكتاب ولو قرأه الإمام صحت.

قلت: سماع الإمام المقروء عليه مع سماعه وسكوته يحصل العلم ضرورة بتوليته إياه. ونقل المتيطي وغيره عن المذهب ثبوت ولايته بشهادة السماع انتهى. وقوله «يقرأ على الإمام» كذا في النسخة التي رأيت منه وهو الذي يقتضيه بحثه والذي في تبصرة ابن فرحون عن الإمام وهو الظاهر والله أعلم. وانظر نوازل ابن رشد في مسائل الأقضية.

السادس: قال ابن فرحون: إذا كان القاضي المولى غائباً وقت الولاية فإنه يجوز أن يكون قبوله على التراخي عند بلوغ التقليد إليه، وعلامة القبول شروعه في العمل وبهذا جرى عمل الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم إلى وقتنا هذا انتهى. وقال في الذخيرة: فرع: قال الشافعية: يجوز انعقاد ولاية القاضي بالمكاتبة والمراسلة كالوكالة وقواعدنا تقتضيه قالوا: فإن كان التقليد باللفظ مشافهة فالقبول على الفور لفظاً كالإيجاب، وفي المراسلة يجوز على التراخي بالقول. قالوا: وفي القبول بالشروع في النظر خلاف، وقواعدنا تقتضي الجواز لأن المقصود هو الدلالة على ما في النفس انتهى.

السابع: قال في الذخيرة: قال الشافعية: إذا انعقدت الولاية لا يجب على المتولي النظر حتى تشيع ولايته في عمله ليذعنوا له، وهو شرط أيضاً في وجوب الطاعة، وقواعد الشريعة تقتضي ما قالوه، فإن التمكن والعلم شرطان في التكليف عندنا وعند غيرنا فالشياع يوجب له المكنة والعلم لهم انتهى.

الثامن: قال ابن الحاجب: وللإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه في الاجتهاد أو التقليد ولو شرط الحكم بما يراه كان الشرط باطلاً والتولية صحيحة. قال الباجي: كان في سجلات قرطبة ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده. قال في التوضيح: للإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه كالمالكي يولي شافعياً أو حنفياً، ولو شرط أي الإمام على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلاً وصح العقد، وهكذا نقله في الجواهر عن

....

الطرطوشي. وقال غيره: العقد غير جائز وينبغي فسخه ورده، وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهداً وهكذا فرض المازري المسألة فيه قال: وإن كان الإمام مقلداً وكان متبعاً لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد لم يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك ويأمره أن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي هذا القاضي منه ولي عليهم. وقد ولى سحنون رجلاً سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة وقوله. قال الباجي: كان في سجلات قرطبة ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده. هكذا نقله الطرطوشي عن الباجي، وهو جهل عظيم منهم، يريد لأن الحق ليس في شيء معين. قال ابن رشد: وما نقل عن سحنون من ولاية ذلك الشخص على أن لا يخرج عن أقوال أهل المدينة يريد قولهم انتهى. وقال ابن عرفة في أثناء الكلام على استخلاف القاضي نائباً: وشرط المستخلف على مستخلفه الحكم بمذهب معين وإن خالف معتقد المستخلف اجتهاداً أو تقليداً فخرج على شرط ذلك الإمام في توليته قاضيه عليه في صحته وبطلان توليته بذلك، ثالثها يبطل الشرط فقط لظاهر نقلهم عن سحنون أنه ولى رجلاً سمع بعض كلام أهل العراق وشرط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة. المازري: مع احتمال كون الرجل مجتهداً مع نقل الباجي كان الولاة عندنا بقرطبة يشترطون على من ولوه القضاء في سجله أن لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ما وجده والطرطوشي لقوله فيما حكاه الباجي هذا جهل عظيم. ونقل المازري عن بعض الناس مع تخريجه على أحد الأقوال بإبطال فاسد الشرط في عقد البيع مع صحة البيع. قال: وقال بعض الناس: إن كان القاضي على مذهب مشهور وعليه عمل أهل بلده نهى عن الخروج عن ذلك المذهب وإن كان مجتهداً أداه اجتهاده إلى الخروج عنه لتهمته أن يكون خروجه حيفاً أو هوى، وهذا القول عمل بمقتضى السياسة ومقتضى الأصول خلافه والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده اهـ.

التاسع: قال ابن فرحون في تبصرته: اختلف في قبول ولاية القضاء من الأمير غير العادل، ففي رياض النفوس في طبقات علماء إفريقية لأبي محمد عبد الله بن محمد المالكي قال سحنون: اختلف أبو محمد عبد الله بن فروخ وابن غانم قاضي إفريقية وهما رواة مالك رحمهم الله فقال ابن فروخ: لا ينبغي لقاض إذا ولاه أمير غير عدل أن يلي القضاء. وقال ابن غانم: يجوز أن يلي وإن كان الأمير غير عدل. فكتب بها إلى مالك فقال مالك: أصاب الفارسي يعني ابن فروخ، وأخطأ الذي يزعم أنه عربي يعني ابن غانم.

العاشر: قال في الذخيرة في الكلام على الولاية الخامسة التي هي وظيفة القضاء. قال اللخمي: إقامة الحكم للناس. واجب لأنه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، فعلى ولي الأمر أن ينظر في أحكام المسلمين إن كان أهلاً أو يقيم للناس من ينظر، فإن لم يكن للموضع ولي أمر

وَنَفَذَ حُكْمُ: أَعْمَى، وَأَبْكَمَ، وَأَصَمَّ: وَوَجَبَ عَزْلُهُ،

كان ذلك لذوي الرأي والثقة فما اجتمع رأيهم عليه أن يصلح أقاموه انتهى. وقال المازري في شرح التلقين: القضاء ينعقد بأحد وجهين: أحدهما عقد أمير المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد في مثل ذلك. الثاني عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الإمام في ذلك ولا أن يستدعوا منه ولايته، ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الإمام الأعظم أو نيابة عمن جعل الإمام له ذلك للضرورة الداعية إلى ذلك. اهـ من تبصرة ابن فرحون وتقدم في التنبيه الرابع عند قول المؤلف «مجتهد» شيء من هذا المعنى والله أعلم.

فائدة: قال ابن عرفة ابن سهل: قال بعض الناس: خطة القضاء من أعظم الخطط قدراً وأجلها خطراً لا سيما إذا اجتمعت إليها الصلاة. قلت: يريد إمامة الصلاة ومقتضاه حسن اجتماعهما، والمعروف ببلدنا قديماً وحديثاً منع إقامة قاضي الجماعة بها أو الأنكحة إمامة الجامع الأعظم بها، وسمعت بعض شيوخنا يعللون ذلك بأن القاضي مظنة لعدم طيب نفس المحكوم عليه به مع تكرر ذلك في الآحاد فيؤدّي إلى إمامة الإمام من هو له كاره. وقد خرج الترمذي عن أبي أمامة قال قال رسول الله ﷺ «ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم: العبد الآبق حتى يرجع، وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط، وإمام قوم وهم له كارهون»[1] انتهى.

فائدة: قال في الذخيرة: قال في النوادر: قال مالك: أول من استقضى معاوية ولم يكن لرسول الله ﷺ ولا لأبي بكر ولا لعثمان قاض بل الولاة يقضون، وأنكر قول أهل العراق عمر استقضى شريحاً وقال: كيف يستقضي بالعراق دون الشام واليمن وغيره فليس كما قالوا. انتهى. ص: **(ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله)** ش: هذا هو القسم الثاني وهو ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطاً في صحة الولاية ويجب أن يكون القاضي متصفاً بها. قال في التوضيح: الصفة الثانية غير شرط في صحة الولاية ولكنه يجب أن يكون متصفاً بها، وعدمها موجب للعزل وينفذ ما مضى من أحكامه انتهى. فقول الشيخ بهرام هذه الأوصاف توجب العزل وليس عدمها من شروط الصحة بل وجودها من باب الاستحباب، مخالف لما تقدّم من كلام التوضيح. وقال ابن عبد السلام: فإن قلت: لم خصت الصفة الأولى بالشرطية؟ قلت: لأن الولاية تنعدم بانعدامها والصفة الثانية ليست كذلك وإن وجب العزل إذا انعدمت، وهذا كما يفرقون في مسائل الصلاة بين الواجب الذي شرط في صحة الصلاة وبين

(ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله). ابن رشد: الخصال التي ليست مشترطة في صحة ولاية القضاء إلا أن عدمها يوجب فسخ الولاية هي: أن يكون سميعاً بصيراً متكلماً، فإن ولي من لم

(١) رواه الترمذي في كتاب الصلاة باب ١٤٩.

وَلَزِمَ الْمُتَعَيِّنَ أَوِ الخَائِفَ فِتْنَةً: إِنْ لَمْ يَتَوَلَّ، أَوْ ضَيَاعَ الْحَقِّ: الْقَبُولُ. وَالطَّلَبُ.

الواجب الذي ليس شرطاً في صحتها انتهى. وانظر كلام المقدمات بعد هذا. وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: الثاني السمع والبصر والكلام يعني أن النوع الثاني من صفات القاضي وهو الموجب للعزل إذا عدم أو عدم بعض أجزائه إلا أن وحدة النوع الأول وجعل ما تحته من القيود كالأجزاء صحيح، لأن كل واحد من تلك الأجزاء إذا عدم منع الولاية، ولأن جزء الشرط ينعدم المشروط بانعدامه، وأما وحدة هذا النوع بحيث يكون كل واحد من السمع والبصر والكلام جزءاً له فغير صحيح، وذلك أن المؤلف جعل أثر هذا النوع إنما هو في وجوب العزل لا في انعقاد الولاية، وإنما يظهر هذا إذا انعدم واحد من تلك الأجزاء بقيد الوحدة، وأما إذا انعدم اثنان منها فأكثر فلا تنعقد الولاية أصلاً. انتهى فتأمله.

سؤال: قال البساطي: فإن قلت: إما أن يجعل العمى مثلاً مانعاً من تولية القضاء أو لا، فعلى الأول لا ينفذ حكمه وعلى الثاني لا يجب عزله قلت: كل من الشقين ممنوع، وسند الأول أن المانع إذا كان في الابتداء ترتب عليه الحكم الذي ذكرت أعني أنه لا ينفذ حكمه. ولا يلزم من هذا أنه إذا طرأ وقد كان ولي على غير هذه الصفة أنه لا تنفذ أحكامه، فمن ولى صحيحاً وطرأ عليه هذا المانع هو الذي ينفذ حكمه والكلام فيه. وسند الثاني أن ما ليس بمانع من نفود الحكم لا يلزم معه دوام التولية لأن النفوذ مستند إلى التولية الصحيحة ووجوب العزل مستند إلى الطارىء انتهى. وفي جوابه نظر لاقتضائه أن نفوذ حكم القاضي الأعمى إنما هو إذا ولي صحيحاً ثم طرأ عليه. قال في المقدّمات: وأما الخصال التي ليست مشروطة في صحة الولاية إلا أن عدمها يوجب فسخ الولاية فهي أن يكون سميعاً بصيراً متكلماً عدلاً، فهذه الأربع خصال لا يجوز أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه، فإن ولي من لم تجتمع فيه وجب أن يعزل متى عثر عليه ويكون ما مضى من أحكامه جائزاً إلا الفاسق فاختلف فيما مضى من أحكامه فقال أصبغ: إنها جائزة. والمشهور في المذهب أنها مردودة، وعليه فالعدالة مشروطة في صحة الولاية كالإسلام والحرية انتهى. وقال في التوضيح: تنفذ أحكامه سواء ولي كذلك أو طرأ عليه ذلك انتهى. والجواب عن سؤاله أن يقال: قولك العمى مثلاً مانع، ما تعني به مانع من صحة التولية أو من جوازها؟ فالأول ليس مراداً لنا وعليه يلزم ما ذكرت، والثاني مرادنا ولا يلزم عليه ما ذكرت والله أعلم.

تنبيه: ترك المؤلف الكلام على الكتابة. قال في التوضيخ: قال الباجي وابن رشد: إنه لا نص هل يشترط في القاضي أن يكتب، وعن الشافعية قولان انتهى. قال ابن عبد السلام: ورجح الباجي وابن رشد صحة الولاية مع ظهور القول بالمنع، وظاهر كلام بعض الأندلسيين المنع انتهى. ص: **(ولزم المتعين أو الخائف فتنة أو ضياع الحق إن لم يتول القبول والطلب)** **ش:** كأنه سقط عند الشارح بهرام لفظ والطلب في الشرح الكبير فقال: ولم يتعرض للطلب،

وأُجْبِرَ وَإِنْ بِضَرْبٍ، وَإِلاَّ فَلَهُ الهَرَبُ. وَإِنْ عُيِّنَ.

وظاهر كلامه أنه لا يجب لأن قوله «يلزمه القبول» يدل على أن اللزوم مشروط بعرض الولاية عليه، وقد ذكر بعض أصحابنا أن القضاء يجب طلبه إذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة ولا يكون هناك قاضٍ أو يكون ولكن تحرم ولايته، أو يعلم أنه إذا لم يتول تضيع الحقوق ويكثر الهرج فقد قالوا: إنه إذا خاف ضياع الحقوق يجب عليه الطلب انتهى.

وأما في الوسط والصغير فظاهر كلامه ثبوتها. وانظر إذا قيل يلزمه الطلب فطلب فمنع من التولية إلا ببذل مال، فهل يجوز له بذله؟ الظاهر أنه لا يجوز له بذله لأنهم قالوا كما سيأتي: إنما يلزمه القبول إذا تعين إذا كان يعان على الحقوق وبذل المال في القضاء من أول الباطل الذي لم يعن على تركه فيحرم عليه حينئذ، وقد يفهم ذلك من الفرع الآتي لابن فرحون والله أعلم. قال ابن الحاجب: وهو أي القضاء فرض كفاية، فإذا انفرد بشرائط تعين.

تجتمع فيه وجب عزله متى عثر عليه ويكون ما مضى من أحكامه جائزاً. **(ولزم المتعين أو الخائف فتنة إن لم يتول أو ضياع الحق القبول والطلب)**. ابن رشد: يجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه. ابن عرفة: قبول ولاية القضاء من فروض الكفاية إن كان بالبلد عدد يصلحون لذلك، فإن لم يكن من يصلح لذلك إلا واحد تعين عليه وأجبر على الدخول فيه. وقال الباجي: يجب على من هو أهله السعي في طلبه إن علم أنه إن لم يله ضاعت الحقوق أو وليه من لا يحل أن يولى، وكذا إن وليه من لا تحل ولايته ولا سبيل لعزله إلا بطلبه. وقيل: يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره لولاية القضاء أو لعاجز عن قوته وقوت عياله إلا برزق القضاء **(وأجبر وإن بضرب)** أبو عمر: إنما يجبر على القضاء من لم يوجد غيره يجبر بالسجن والضرب عرف عياض بابن مسكين: فقال: والقضاء بعد إجماع الناس عليه على اختلاف مذهبهم. قال ابن الأغلب: أتدري لم بعثته إليك؟ قال: لأشاورك في رجل قد أجمع الخير قد أردت أن أوليه القضاء فامتنع. قال ابن مسكين: تجبره على ذلك قال: تمنع. قال: يحبس. قال: قم أنت هو. قال: إنني رجل طويل الصمت قليل الكلام غير نشيط في أموري ولا أعرف أهل البلد. فقال الأمير: عندي مولى نشيط تدرب في الأحكام أنا أضمه إليك يكون لك كاتباً يصدر عنك في القول في جميع الأمور، فما رضيت من قوله أمضيت وما سخطت رددت فضم إليه ابن البناء، قال المخبر: فكثيراً ما كنت آتي مجلسه وهو صامت لا ينطق، وابن البناء يقضي فقال الأمير لابن البناء: بلغني أنك تفصل بين الخصوم وهو ساكت ما أرى إلا أنه لم يقبل القضاء، فقال ابن البناء: قد قبل إلا أني أكفيه. فقال: امض لا تعلم أحداً بما بيني وبينك وافصل بين خصمين بغير مذهبه. قال ابن البناء: ففعلت فأمرهما ابن مسكين فدارا بين يديه وفصل بمذهبه فأخبرت الأمير فحمد الله وشكره وأمره **(وإلا فله الهرب)** ابن رشد: الهروب عن القضاء واجب وطلب السلامة منه لازم لا سيما في هذا الوقت **(وإن عين)** ابن شاس: للإمام إجباره وله هو أن يهرب بنفسه منه إلا أن يعلم أنه متعين عليه فيجب عليه القبول.

....

قال ابن عبد السلام: قيل إن علم القضاء يرجع إلى تعيين المدّعي من المدّعى عليه، فإذا كان هذا علم القضاء أو لازماً له فلا بد من نصب إنسان يرفع النزاع الواقع بين الناس وينصف المظلوم من الظالم. ولما كان هذا المعنى يحصل في البلد من واحد ومن عدد قليل، كان هذا الفرض فيه على الكفاية إذا تعدد من فيه أهلية ذلك فإن اتحد تعين. ثم قال: وهذه مرتبة القاضي في الدّين حين كان القاضي يعان على ما وليه حتى ربما كان بعضهم يحكم على من ولاه ولا يقبل شهادته إن شهد عنده لعدم أهلية الشهادة منه، وأما إذا صار القاضي لا يعان بل من ولاه ربما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على أي حال كان، فإن ذلك الواجب ينقلب محرماً نسأل الله السلامة. وبالجملة إن أكثر الخطط الشرعية في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيسة انتهى. ونقله في التوضيح. قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا.

قلت: وحدثني من أثق به وبصحة خبره أنه لما مات القاضي بتونس الشيخ أبو عليّ بن قدّاح، تكلم أهل مجلس السلطان في ولاية قاض فذكر بعض أهل المجلس ابن عبد السلام فقال بعض كبار أهل المجلس: إنه شديد الأمر ولا تطيقونه. فقال بعضهم: نستخبر أمره. فدسوا عليه رجلاً من الموجدين كان جاراً له يعرف بابن إبراهيم فقال له: هؤلاء امتنعوا من توليتك لأنك شديد في الحكم فقال؛ أنا أعرف العوائد وأمشيها، فحينئذ ولوه من عام أربعة وثلاثين إلى أن توفي رحمه الله عام تسع وأربعين وسبعمائة انتهى.

قلت: ينبغي أن يحمل هذا من ابن عبد السلام رحمه الله على أنه خاف أن يولي من لا يصلح للولاية فتسبب في ذلك لدفع مضرّة ذلك كما ذكره ابن عرفة عن بعض شيوخه في تسببه بولايته لقضاء الأنكحة تسبباً ظاهراً علمه القريب منه والبعيد. قال: وكان ممن يشار إليه بالصلاح والأعمال بالنيات، وقد أشار ابن غازي إلى هذا في تكميل التقييد، فإذا كان هذا حكم القسم الواجب صار محرماً فكيف ببقية الأقسام؟ وقال في المقدّمات: الهرب من القضاء واجب وطلب السلامة منه لا سيما في هذا الوقت واجب لازم، وقد رُوي أن عمر رضي الله عنه دعا رجلاً ليوليه فأبى فجعل يديره على الرضا فأبى ثم قال له: أنشدك الله يا أمير المؤمنين أي ذلك تعلم خيراً لي: قال: أن لا تلي. قال: فاعفني. قال: قد فعلت. ثم قال: وطلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة. ورُوي عن النبي ﷺ أنه قال «ستحرصون على الإمارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة، فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة»[1] فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل إليه وخيف عليه فيه الهلاك، ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه. رُوي عن النبي ﷺ أنه قال «من طلب القضاء واستعان

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأحكام باب ٧. النسائي في كتاب البيعة باب ٣٩. كتاب القضاة باب ٥٦ أحمد في مسنده (٤٤٨/٢).

عليه وكل إليه، ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله ملكاً يسدّده» وقال ﷺ «لا تسأل الإمارة فإنك إن تؤتها من غير مسألة تعن عليها، وإن تؤتها عن مسألة توكل إليها» انتهى[١].
وقال الجزيري في وثائقه: القضاء محنة وبلية ومن دخل فيه فقد عرّض نفسه للهلاك لأن التخلص منه عسر فالهروب منه واجب لا سيما في هذا الوقت وطلبه نُوك وإن كان حسبة. قاله الشعبي. ورخص فيه بعض الشافعية إذا خلصت نيته للحسبة بأن يكون قد وليه من لا يرضى حاله، والأول أصح لقوله عليه السلام «أنا لا نستعمل على عملنا من أراده» [٢] انتهى.
والنُوك بالضم الحمق. قاله في الصحاح. قال قيس بن الخطيم:

وداء النُـوك ليس لـه دواء

والنواكة الحماقة. قال ابن عرفة إثر نقله كلام المقدمات المذكور قلت: ظاهره مطلقاً. وزعم بعضهم أنه إن خاف من فيه أهلية أن يولي من لا أهلية فيه أن له طلبه وقد تحققت بالخبر الصادق أن بعض شيوخنا وكان ممن يشار إليه بالصلاح لما وقع النظر بتونس في ولاية قاضي الأنكحة تسبب في ولايتها تسبباً ظاهراً علمه القريب منه والبعيد، وما أظنه فعل ذلك إلا لما نقل المازري والأعمال بالبينات. قال المازري: يجب على من هو من أهل الاجتهاد والعدالة السعي في طلبه إن علم أنه إن لم يله ضاعت الحقوق أو وليه من لا يحل أن يولي، وكذلك إن وليه من لا تحل ولايته توليته ولا سبيل لعزله إلا بطلبه انتهى.

فرع: قال ابن فرحون: وأما تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة. وقال أبو العباس من تلامذة ابن شريح الشافعي في كتابه أدب القضاء: من تقبل القضاء بقبالة وأعطى عليه الرشوة فولايته باطلة وقضاؤه مردود وإن كان قد حكم بحق. قال: وإن أعطى رشوة على عزل قاض ليولى هو مكانه فكذلك أيضاً، وإن أعطاها على عزله دون ولاية فعزل الأول برشوة ثم استقضى هو مكانه بغير رشوة نظر في المعزول، فإن كان عدلاً فإعطاء الرشوة على عزله حرام والمعزول باقٍ على ولايته إلا أن يكون من عزله تاب فرد الرشوة قبل عزله. وقضاء المستخلف أيضاً باطل إلا أن يكون تاب قبل الولاية فيصح قضاؤه، فإن كان المعزول جائراً لم يبطل قضاء المستخلف، قال المؤلف أبو العباس: قلت: هذا تخريجاً على مذهب الشافعي والحنفي انتهى.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأحكام باب ٥،٦. كتاب الإيمان باب ١. كتاب الكفارات باب ١٠. مسلم في كتاب الإمارة حديث ١٣. كتاب الإيمان حديث ١٩. أبو داود في كتاب الإمارة باب ٩٢. الترمذي في كتاب النذور باب ٥. النسائي في كتاب القضاة باب ٥. الدارمي في كتاب النذور باب ٩. أحمد في مسنده (٥/٦٢، ٦٣).

(٢) رواه البخاري في كتاب الإجارة، باب ١. كتاب المرتدين باب ٢ مسلم في كتاب الإمارة حديث ١٥. أبو داود في كتاب الأقضية باب ٣. كتاب الحدود باب ١. أحمد في مسنده (٤/ ٤٠٩).

وَحَرُمَ لِجَاهِلٍ، وَطَالِبِ دُنْيَا، وَنُدِبَ لِيُشْهِرَ عِلْمَهُ: كَوَرَعٍ،

ص: **(وحرم الجاهل وطالب دنيا)** ش: لو قال عوض قوله «الجاهل» «لغير أهله» كما قال ابن عرفة «ويحرم طلبه على فاقد أهليته» انتهى لكان أتم.

فائدة: ويحرم السعي على من قصد بالسعي الانتقام من أعدائه. قاله ابن فرحون. ص: **(وندب ليشهر علمه)** ش: نقله ابن عرفة عن المازري عن بعض العلماء وزاد معه: أو أن يكون فقيراً وله عيال ويسعى في تحصيله لسدّ خلته ونصه: قال بعض العلماء: يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره بولايته القضاء، أو لعاجز عن قوته وقوت عياله إلا برزق القضاء. المازري: ولا يقتصر بالاستحباب على هذين، بل يستحب للأولى به من غيره لأنه أعلم منه انتهى. وعبر ابن فرحون عن هذا الأخير بقوله: قال المازري: وقد يستحب لمن لم يتعين عليه ولكن يرى أنه أنهض به وأنفع للمسلمين من آخر يولاه وهو ممن يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا انتهى. وإن كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه، فعده ابن فرحون في القسم المباح قال: ونقله المازري في الوجه المستحب، وكذلك عد ابن فرحون في القسم المباح ما نقل المازري عن بعضهم من أنه إذا كان فقيراً وطلبه لسدّ خلته أنه مستحب، وعكس ما ذكره المؤلف وهو ما إذا كان عدلاً مشهوراً ينفع الناس بعلمه وخاف إن تولى القضاء أن لا يقدر على ذلك يكره له السعي. قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة عن المازري: وفي كونه في حق المشهور علمه الغنى مكروهاً أو مباحاً نظر. قال: وأصول الشرع تدل على الإبعاد منه انتهى. قال ابن فرحون: ومن المكروه أن يكون سعيه في طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس، فهذا يكره له السعي، ولو قيل إنه يحرم لكان وجهه ظاهراً لقوله تعالى ﴿تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً والعاقبة للمتقين﴾ [القصص: ٨٣] انتهى. وأما إباحة السعي فقال في التوضيح: قال المازري: ويبعد عندي تصور الإباحة إلا عند تقابل أدلة الأحكام وقرائن الأحوال ولا يقدر على ترجيح بعضها على بعضٍ للفهم، وقد تقدم أن ابن فرحون جعل منه مسألة من سعى فيه لسدّ خلته، وتقدم كلام ابن عرفة أيضاً والله أعلم. قال ابن عرفة بعد ذكره هذه الأقسام: قلت: هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديمه من لا يحل تقديمه للشهادة وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به ولا فائدة في كتبه هنا. انتهى والله أعلم. ص: **(كورع لزه)** ش: الفرق بين الورع والنزه أن الورع هو التارك للشبهات. قاله في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وفائدة كونه ورعاً ظاهرة وهو أولى الناس بذلك. والنزه هو الذي لا يطمع فيما عند الناس. قال في المقدمات: رُوي عن عمر بن عبد

(وحرم الجاهل) المازري: يحرم الطلب للقضاء على فاقد أهليته **(أو قاصد دنيا)** تقدم قول ابن رشد: يجب أن لا يولى القضاء من أراده **(وندب ليشهر علمه)** المازري: ويستحب طلبه لمن أراد إظهار علمه. انظر أول سراج المريدين. **(كورع غني حليم لزه نسيب مستشير بلا دين وحر)** ابن

غَنِيٌّ، حَلِيمٍ، نَزِهٍ، نَسِيبٍ، مُسْتَشِيرٍ: بِلاَ دَيْنٍ وَحَدٍّ، وَزَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ،

العزيز رضي الله عنه في صفات القاضي أن يكون عالماً بالكتاب والسنة ذا نزاهة عن الطمع انتهى. وفي الذخيرة قال ابن محرز: لا يأتي بما نصب له حتى يكون ذا نزاهة ونصيحة ورحمة وصلابة ليفارق بالنزاهة التشوف لما في أيدي الناس، وبالنصيحة ليفارق حال من يريد الظلم ولا يبالي بوقوع الغش والغلط والخطأ، وبالرحمة حال القاسي الذي لا يرحم الصغير واليتيم والمظلوم، وبالصلابة حال من يضعف عن استخراج الحقوق انتهى. **ص: (غني) ش:** قال ابن عبد السلام: الظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين فإن وجود الدين مع الغنى ربما يزيد على مقدار الدين لا أثر له انتهى. قال في التوضيح: خليل: وفيه نظر، والظاهر خلافه ولا يخفى عليك انتهى. وقال سحنون في كتاب ابنه: وإذا كان الرجل فقيراً وهو أعلم من في البلد وأرضاهم استحق القضاء ولكن ينبغي أن لا يجلس حتى يغنى ويقضي دينه. قال المازري: وهذا من المصلحة لأنه ربما دعاه فقره إلى استمالة الأغنياء والضراعة لهم وتمييزهم على الفقراء بالإكبار إذا تخاصموا مع الفقراء فإذا كان غنياً بعد عن ذلك. انتهى من تبصرة ابن فرحون ونقله غيره والله أعلم.

تنبيه: زاد ابن الحاجب: أن يكون بلدياً ولا يخاف في الله لومة لائم والمصنف إنما ترك الأول لأن ابن رشد وابن عبد السلام قالا: إن الولاة اليوم يرجحون غير البلدي على البلدي. وترك الثاني لأنه قال في التوضيح تبعاً لابن عبد السلام: الظاهر أنه راجع إلى النوع الأول لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق. انتهى. **ص: (نسيب) ش:** قال ابن عرفة: قال سحنون: ولا بأس بولاية ولد الزنا ولا يحكم في حد. قال الباجي: الأظهر منعه لأن القضاء موضع رفعة فلا يليها ولد الزنا كالإمامة. الصقلي عن أصبغ: لا بأس أن يستفتي من حد في الزنا إذا تاب ورضيت حاله أو كان عالماً، ويجوز حكمه في الزنا وإن لم تجز شهادته فيه لأن المسخوط يجوز حكمه ما لم يحكم بجور أو خطأ ولا تجوز شهادته، وعزاه الباجي لأصبغ انتهى. **ص: (بلا دين وحد) ش:** قال في التوضيح: وجوز أصبغ حكمه فيما حد فيه، ومنعه سحنون قياساً على الشهادة انتهى. **ص: (وزائد في الدهاء) ش:** الدهاء بفتح الدال والمد. كذا ضبطه ابن قتيبة في أدب الكتاب كالذكاء والعطاء، وكذا في ضياء الحلوم والله أعلم. **ص:**

رشد: للقضاء خصال مستحبة ويستحب لعدمها زيادة عزله وهي كثيرة منها: أن يكون من أهل البلد ورعاً، غنياً، ليس بمحتاج ولا مديان، معروف النسب، جزلاً نافذاً فطناً غير مخدوع لغفلة ولا محدود في زنا ولا قذف ولا مقطوع في سرقة. قال عمر بن عبد العزيز: وأن يكون ذا نزاهة عن الطمع مستخفاً باللائمة، يريد أنه يدير الحق على من دار عليه ولا يبالي بمن لامه على ذلك، حليماً عن الخصم مستشيراً لأولى العلم **(وزائد في الدهاء)** الطرطوشي: ليس بحسن الزيادة في عقله المفضية إلى الدهاء والمكر فإن هذا مذهوم، وقد عزل عمر رضي الله عنه زياداً وقال: كرهت أن أحمل الناس على

وَبِطَانَةِ سُوءٍ، وَمَنْعُ الرَّاكِبِينَ مَعَهُ، وَالْمُصَاحِبِينَ لَهُ، وَتَخْفِيفُ الأَعْوَانِ، وَاتِّخَاذُ مَنْ يُخْبِرُهُ بِمَا يُقَالُ فِي سِيرَتِهِ وَحُكْمِهِ وَشُهُودِهِ، وَتَأْدِيبُ مَنْ أَسَاءَ عَلَيْهِ، إِلاَّ فِي مِثْلِ: اتَّقِ اللَّهَ فِي أَمْرِي: فَلْيَرْفُقْ بِهِ،

(وتخفيف الأعوان) ش: قال في التوضيح: مطرف وابن الماجشون: ولو استغنى عن الأعوان أصلاً لكان أحب إلينا انتهى. ص: **(وتأديب من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري فليرفق به)** ش: قال ابن الحاجب: ويجب عليه أن يؤدب أحد الخصمين إذا أساء على الآخر، وينبغي ذلك أيضاً إذا أساء على الحاكم. ابن عبد السلام: ظاهر مغايرة المؤلف اللفظين في هذه المسألة والتي فوقها أن إساءة أحد الخصمين للآخر في مجلس القاضي أشد من إساءته على القاضي، وظاهر كلام مالك أن هذه المسألة مثل التي قبلها في الوجوب. قال عنه ابن القاسم: وأما إن قال له ظلمتني فذلك يختلف، ووجه ذلك إن أراد أذى القاضي وكان القاضي من أهل الفضل فليعاقبه. وقد أشار مطرف وابن الماجشون إلى الفرق بين المسألتين كما قال المؤلف وذلك أنهما قالا. إذا شتم أحد الخصمين صاحبه بقوله «يا فاجر يا ظالم» فليزجره وليضربه على مثل هذا ما لم يكن قائله ذا مروءة فليتجاف عن ضربه. وقال: إن لمز أحد الخصمين القاضي بما يكره أدبه والأدب في مثل هذا أمثل من العفو ويمكن أن يقال إنما جعل الأدب في مثل هذا أمثل من العفو لأن الخصم لم يصرح بإيذاء القاضي وشتمه وإنما لمزه بذلك، فلذلك سوغ له حكم العفو ورجح عدمه وصرح لخصمه بالشتم فألزمه العقوبة ولم يسوغ العفو فيها. وهذا الذي قلناه في لفظة «ينبغي» هو مصطلح الفقهاء وقد أنكر بعض الناس عليهم. وقال: إن قول القائل «ينبغي لك أن تفعل» مثل قوله «يجب عليك أن تفعل» انتهى. ففي كلامه ميل إلى أن تأديبه

فضل عقلك وكان من الدهاة **(وبطانة سوء)** نحو هذا قال ابن الحاجب. قال ابن عرفة: والذي في المعونة أخص من هذا **(ومنع الراكبين معه والمصاحبين وتخفيف الأعوان)** قال مطرف وابن الماجشون: لا ينبغي للقاضي أن يكثر الدخال عليه ولا الراكب معه إلا أن يكونوا أهل أمانة ونصيحة وفضل فلا بأس بذلك، ويمنع أهل الركوب معه في غير حاجة ولا دفع مظلمة ولا خصومة ولا يتقدم إلى أعوانه ولو استغنى عنهم كان أحب إلي، ولم يكن لأبي بكر ولا لعمر أعوان إلا أن يضطر إلى الأعوان فيخفف منهم ما استطاع **(واتخاذ من يخبره بما يقال في سيرته وحكمه وشهوده)** ابن عبد الحكم: يستحب أن يجعل رجلاً ممن يثق بهم ينقلون إليه ما ينقم الناس عليه من خلق أو حكم أو قبول شاهد ويفحص عن ذلك ويرجع عما يجب أن يرجع عنه، فإن له في الفحص عن ذلك منفعة لنفسه وللمسلمين **(وتأديب من أساء عليه)** ابن شاس: للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه ويعاقب من تناوله بالقول وآذاه بأن ينسب إليه الظلم أو الجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه وهو غائب لأن مواجهته من قبل الإقرار **(إلا في مثل اتق الله في أمري فليرفق به)** ابن عبد الحكم: إن قال للقاضي اتق الله فلا ينبغي أن يضيق لذلك ولا يكترث عليه وليتثبت ويجيبه جواباً ليناً يقول له رزقني الله تقواه وما أمرت إلا بخير ومن تقوى الله أن نأخذ منك الحق إذا بان ولا يظهر

وَلَمْ يَسْتَخْلِفْ، إِلاَّ لِوُسْعِ عَمَلِهِ فِي جِهَةٍ بَعُدَتْ

يجب، وفي كلام المصنف في التوضيح ميل إلى عدم الوجوب، فمن راعى أن في ذلك انتصاراً للشرع قال بالوجوب، ومن رأى أنه كالمنتقم لنفسه قال بعدمه فتأمله والله أعلم. وقال ابن عرفة: وسمع ابن القاسم: أرأيت من يقول للقاضي ظلمتني قال مالك: يختلف ولم يجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قاله إن أراد أذاه والقاضي من أهل الفضل عاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الألداد. ابن رشد: للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وآذاه بأن ينسب إليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب عنه، لأن مواجهته بذلك من قبيل الإقرار وله الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، وإذا كان له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله كالحكم به لغيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره لما في ذلك من الحق لله، لأن الاجتراء على الحاكم بمثل هذا توهين لهم، فالمعاقبة فيه أولى من التجافي انتهى. وهذه المسألة في رسم تأخير صلاة العشاء من كتاب الأقضية. وقال فيه بعد قوله «وله الحكم بالإقرار على من انتهك ماله». فيعاقبه به أي بالإقرار ويتمول المال بإقراره ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة. والأصل فيه قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته. انتهى فراجعه فإنه مفيد. وقوله في السماع «وما ترك ذلك إلى آخره» هو كذلك في البيان ولم أفهم معناه والله أعلم وسيأتي لفظه عند قوله «ولا يحكم لمن يشهد له» وسيأتي أيضاً شيء يتعلق بهذا المعنى عند قوله «ومن أساء على خصمه». وقوله «إلا في مثل اتق الله في أمري» مثل «اذكر وقوفك للحساب». «والذي عملته معي مكتوب عليك» ونحوه مما هو وعظ، وفيه إشارة فيعرض القاضي عن الإشارة ويرفق به. وقوله «فليرفق به» الرفق به مثل أن يقول له رزقني الله تقواه أو يقول ما أمرت إلا بخير، وعلينا وعليك أن نتقي الله، أو ذكرني وإياك الوقوف للحساب والأعمال كلها مكتوبة والله أعلم. ص: **(ولم يستخلف إلا لوسع عمله في جهة بعدت)** ش: قال في التوضيح: إن أذن له في الاستخلاف أو نص له على عدمه عمل

بذلك غضباً **(ولم يستخلف إلا لوسع عمله)** المتيطي: ليس للقاضي أن يستخلف قاضياً مكانه ينظر للناس ويريح نفسه إذا كان حاضراً، ولا إن عاقه شغل إلا بعد استئذان الإمام أو يكون تقديمه أولاً انعقد على ذلك. وأما إن سافر أو مرض فله أن يجعل مكانه من يقوم مقامه وينفذ أموره، ثم لا يكون متعدياً على من استقضاه. وإذا كان ذلك بإذن الخليفة فلا يبالي كان القاضي حاضراً أو غائباً، وكان الإمام ولى قاضيين أحدهما فوق الآخر. وقاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ، وقال سحنون: لا يستخلف إن مرض أو سافر إلا بإذن الخليفة. قال: وكذلك إن عجز عن الانفراد بالنظر وكثر التشغيب عليه فلا يقدم من يستعين به في ذلك إلا بإذن الإمام **(في جهة بعدت)** المتيطي: إذا كان نظر القاضي

على ذلك اهـ. وقال ابن عبد السلام: إذا نهى عن الاستخلاف فيتفق على منع الاستخلاف، ويتفق أيضاً على جواز الاستخلاف إذا أذن له في ذلك من ولاه انتهى. وقال ابن فرحون: إذا أذن له في الاستخلاف استخلف على مقتضى الإذن انتهى. وقال في المتيطية: وإذا كان الاستخلاف بإذن الخليفة فلا تبالي، كان القاضي حاضراً أو غائباً، وكان الإمام ولي قاضيين أحدهما فوق صاحبه انتهى. وأصله في النوادر انتهى. وإن تجرد العقد عن الإذن وعدمه فقال سحنون: ليس له الاستخلاف وإن مرض أو سافر. وقال مطرف وابن الماجشون: له ذلك إذا مرض أو سافر. قال في التوضيح: ومقتضى كلام ابن الحاجب أن الأول هو المذهب عنده انتهى. لكونه صدر به وهو ظاهر إطلاق المصنف والله أعلم. وظاهره أنه يتفق مع عدم المرض والسفر على منع الاستخلاف، ثم قال في التوضيح عن ابن راشد: إن هذا إذا استخلف في البلد الذي هو فيه، أما إن كان عمل القاضي واسعاً فيريد أن يقدم في الجهات البعيدة فالمشهور الجواز. وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز إلا بإذن الخليفة انتهى.

فرع: قال المازري: وعلى قول سحنون بأنه لا يستخلف وإن مرض أو سافر قالا: فإن فعل فقضاء المستخلف لا ينفذ إلا إذا أنفذه القاضي الذي استخلفه. انتهى من التبصرة لابن فرحون.

فرع منها: قال في وثائق ابن العطار: ولا يسجل نائب القاضي بما ثبت عنده، فإن فعل فلا يجوز تسجيله ويبطل ولا يقوم به القائم حجة إلا أن يجيزه القاضي الذي استخلفه قبل أن يعزل أو يموت، وإن كان استنابة القاضي لنائبه عن إذن الإمام ورأيه وكان ذلك مستفيضاً معروفاً مشهوراً كاشتهار ولاية القاضي، فللنائب على هذا الوجه أن يسجل وينفذ تسجيله دون إجازة القاضي، وليس لأحد رده ولا الاعتراض فيه بوجه من الوجوه. وإذا قلنا النائب لا يسجل فله أن يسمع البينة ويشهد عنده الشهود فيما فيه التنازع، وله قبول من عرف منهم بعدالة ويعدل عنده المقالات، ثم برفع ذلك كله إلى القاضي الذي استخلفه ويخبره به بحضرة شاهدين ليثبت به ما عند القاضي إخباره له، ويلزم القاضي أن يجيز حينئذ فعل نائبه وينفذ ما ثبت عنده ويسجل به للمحكوم له انتهى. وانظر قوله «عن إذن الإمام» هل مراده الإذن العام في التولية أو إذن خاص في عين المستخلف؟ والظاهر أن مراده الأول إلا أن المتيطي ذكر هذه المسألة إثر ذكره صفة الوثيقة والوثيقة فيها استئذان الأمير فتأمله والله أعلم.

فرع: فإن رفع هذا المستخلف إلى وظيفة القضاء، فهل يستأنف ما كان بين يديه من الأحكام ثم يكملها بعد بالتسجيل فيها أم يصل نظره فيها بما تقدم منه في ذلك إلى تمام الحكم؟ فاختلف في ذلك فقال ابن عات: بل يبني على ما قد مضى من الحكومة ولا يبتدئها من أولها قال: وبذلك أفتيت أبا علي حسن بن ذكوان حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق

....

إلى أحكام القضاء، ووافقني أبو المطرف بن فرج وغيره على جوابي. وقال غيره: بل يبتدىء النظر فيما كان جرى بعضه بين يديه ولم يكن كمل نظره فيه. انتهى من المتيطية.

فرع: قال ابن بطال في مقنعه، قال محمد القاضي من روايته: إذا عزل القاضي ثم ولي بعد ما عزل فهو كالمحدث لا يقبل شهادة من شهد عنده قبل أن يعزل فيما لم يتم الحكم فيه حتى يشهدوا به عنده. وقال ابن سحنون: وكان شجرة ولي قضاء بلده قبل ولاية سحنون ثم عزل ثم ولاه سحنون فكتب إليه ما ترى فيما وقع عندي من البينات في المرة الأولى وما كنت عقلته يومئذ؟ فكتب إليه: طال الزمان جداً وأخاف حوالة البينات، فما لم تخف من هذا وصح عندك ما كنت عقلته ولم تسترب منه أمراً فامضه انتهى. وقول سحنون جار على مذهب المدونة خلاف القول الذي قدمه. قال في أوائل كتاب الأقضية من المدونة: وإذا مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده ولم يجزه إلا أن تقوم بينة عليه. وإن قال المعزول ما في ديواني قد شهدت عليه البينة عندي لم يقبل قوله ولا أراه شاهداً، فإن لم تقم بينة على ذلك أمرهم القاضي المحدث بإعادة البينة، وللطالب أن يحلف المطلوب بالله أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد بها أحد عليه، فإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة ثم نظر فيها الذي ولي بما كان ينظر المعزول. قال أبو الحسن: عياض: أفادت هذه المسألة بناء القاضي على حكم من قبله وأنه لا يلزمه الاستئناف والابتداء النظر، وكذلك إذا انتقل من خطة حكم إلى خطة حكم وقد كان نظر في صدر الخصومة في الخطة الأولى، وبهذا أفتى ابن عتاب وغيره من القرطبيين، ورأى غيرهم استئناف النظر ولا وجه

واسعاً وأقطار مصره متباينة فلا يرجع الخصوم إلى المصر إلا فيما قرب من الأميال القريبة لأن ما بعد يشق على الناس ويقدم في الجهات البعيدة حكاماً ينظرون للناس في أحكامهم. هذا هو المشهور في المذهب، ومنع ذلك ابن عبد الحكم إلا بإذن الإمام انتهى. انظر هل هذا بالنسبة لكل إمام؟ قال ابن وهب: إن كان الإمام عدلاً لم يجز لأحد أن يبارز العدو إلا بإذنه، وإن كان غير عدل فليبارز وليقاتل بغير إذنه. ابن رشد: هذا كما قال إن الإمام إذا كان غير عدل لم يلزم استئذانه في مبارزة ولا قتال وإنما يفترق العدل من غير العدل في الاستئذان له لا في طاعته إذا أمر بشيء أو نهى عنه. ثم قال: فواجب على الرجال طاعة الإمام فيما أحب أو كره وإن كان غير عدل ما لم يأمر بمعصية. ومن المدونة: إن دعاك إمام جائر إلى قطع يد رجل في سرقة وأنت لا تعلم صحة ذلك إلا بقوله فلا تجب، إلا أن تعلم عدالة البينة فعليك طاعته لئلا تضيع الحدود. وحكى البرزلي عن الشيخ أبي عمران أنه ليس على الرجل شيء في ضرب من قيل له إن لم تضربه خمسين سوطاً ضربت عنقك. قال البرزلي: ومن هذا فتيا ابن عرفة بجواز الرفع لحكام الفحص في الرعي لأنهم أشد في الزجر من القضاة، لكن هذا بشرط أن يعلم أنه يصل إلى حقه بسطوة الحاكم ولا يظلم خصمه. انظر في المدارك في رسم أسد بن الفرات، وانظر قوله في المدونة لئلا تضيع الحدود فهو فرع إن أتى الإنسان لإمام غير عدل

له انتهى. وقاله ابن رشد في أول مسألة من كتاب الأقضية ولم يذكر فيه خلافاً، ونصه إثر قول العتبية: سئل مالك عن الرجل يأتي بكتاب من والي مكة إلى والي المدينة مثل القاضي والأمير وما أشبهه فلا يصل إلى المدينة حتى يموت الذي كتب له الكتاب وقضى له بالحق، قال مالك: فأرى لصاحب المدينة أن ينفذ ذلك الكتاب ويقضي له بما فيه، أرأيت لو أن قاضياً قضى لرجل ثم هلك فجاء آخر بعده، أكان ينقض ما قضى ذلك؟ قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة جارية على الأصول مثل ما في المدونة والواضحة وغيرهما، لا اختلاف فيها ولا إشكال في معناها لأنه لما كان الأصل أن للقاضي أن ينفذ ما ثبت عنده من قضاء حكام البلد وإن قد كانوا ماتوا أو عزلوا كما يعتقد ما ثبت عنده من قضاء الحاكم قبله ببلد الميت أو المعزول، وجب أن تنفذ كتبهم وإن كانوا قد ماتوا أو عزلوا قبل وصول كتبهم إليه وقبل انفصالها عن ذلك البلد فيصل حكمه بحكمهم ويبنيه عليه كما ينفذ ما ثبت عنده أنه مضى من عمل الحاكم قبله المعزول أو الميت فيصل حكمه بحكمه ويبنيه عليه، ولا يأمر الخصمين باستئناف الخصام عنده إن كان الشهود قد شهدوا عند الميت أو المعزول بما شهد على ذلك أو كتب به إلى حاكم بلد آخر ثم مات أو عزل نظر الذي ولي بعده أو المكتوب إليه بما شهدوا به كما ينظر في ذلك الميت أو المعزول ولم يأمر بإعادة الشهادة عنده. وإن كانوا قد شهدوا عنده فقبلهم أعذر إلى المشهود عليه فيما شهدوا به دون أن ينظر إلى شهادتهم، وإن كانوا قد شهدوا عنده فأعذر في شهادتهم إلى المشهود عليه فعجز عن الدفع فيها أمضى الحكم عليه دون أن يستأنف الأعذار عليه مرة أخرى وهذا بين انتهى. وعلى ذلك اقتصر المؤلف في آخر الباب حيث قال: فينفذه الثاني وبنى كأن نقل لخطة أخرى والله أعلم.

فرع: يتضمن الكلام على حكم قضاة الكور. قال ابن رشد في نوازله في مسائل الأقضية ما نصه. وأما السؤال العاشر فهو في قضاة الكور كغدة وجيان وواد آش وأشباهها يغيبون عنها أو يمرضون أو يشتغلون، هل يستنيبون من يحكم بين الناس بغير إذن من ولاهم من قضاة القواعد؟ وكيف إن فعلوا ذلك من غير مرض ولا مغيب إلا تخفيفاً عن شغوب الناس، فهل تجوز أحكامهم ومخاطبتهم غيرهم من قضاة البلد؟ وهل يجوز لهم ضرب الآجال أو التعجيز في المطالب؟ وهل يقيمون الحد في الخمر وفي الزنا على البكر أم لا؟ وكيف إن كان ذلك بإذن قضاة القواعد؟ فإن كان ذلك جائزاً فكيف يعرف الإذن في ذلك، بإذن قاضي الكورة أم بإعلام الذي ولاه وهذا قد تتعذر معرفته؟ بين لنا ذلك كله بياناً شافياً. الجواب عليه: لا يجوز أن يستنيب غيره على شيء من الأحكام وهو حاضر غير مريض، وأما إن غاب أو مرض فيجوز له ذلك إن كان الذي قدمه قد فوض إليه ذلك وجعله له في تقديمه إياه وذلك معلوم من سيرة أحكامه في الكور، وينزل مستخلفه في مرضه أو غيبته منزلته في جميع الأمور، وإن لم يتضمن ذلك كتاب تقديمه إياه ولا كان ذلك معروفاً من سيرة أحكامه في الكور فلا

يصح له الاستخلاف، فإن استخلف في مرضه أو سفره وقال إنه أذن له في ذلك صدق في قوله وجازت أحكام مستخلفه إذ قد قيل إنه يستخلف في مرضه وسفره دون إذن الذي قدمه ما لم يحجر عليه ذلك وبالله التوفيق. انتهى كلام ابن رشد بلفظه، ونقله البرزلي في مسائل الأقضية وقبله.

قلت: قضاة الكور هم النواب الذين يستخلفهم قضاة القواعد في القرى. وقوله في الجواب «لا يجوز له أن يستنيب غيره وهو حاضر غير مريض» يريد ما لم يأذن له القاضي الذي قدمه في الاستنابة مطلقاً، فإن أذن له في الاستنابة مطلقاً ولم يسافر جازت له الاستنابة مطلقاً، بدليل أنه عول في جواز الاستنابة ومنعها على إذن القاضي الذي قدمه دون ضرورة المرض والسفر فأجاز له أن يستنيب مع المرض أو السفر إذا أذن له في ذلك من ولاه، ومنع من الاستنابة إذا لم يأذن له ولو مرض أو سافر على القول الراجح، فدل على أن المعوّل في ذلك على الإذن، وعلى هذا فيكون حكم النواب مع استنابهم حكم القضاة مع السلطان فإن منعهم الذي قدمهم من الاستنابة فلا يجوز لهم الاستنابة اتفاقاً، وإن أجاز لهم الاستنابة جاز أن يستنيبوا على مقتضى الإذن. فإن كان الإذن مطلقاً جازت الاستنابة مطلقاً، وإن كان مقيداً بمرض أو سفر جازت الاستنابة في المرض والسفر، وإن عرى عقد التولية عن الإذن وعدمه فالأصح أنه لا يجوز لهم الاستنابة مطلقاً، وقيل تجوز الاستنابة عند المرض والسفر. هذا ما ظهر لي والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الأقضية: لفظ الاستنابة والاستخلاف يقتضي النظر في جميع الأشياء إلا ما نص العلماء عليه في الوصايا والأحباس والطلاق والتحجير والقسم والمواريث إلا أن يقصره القاضي على نوع فلا يعدوه إلى غيره انتهى. ووقعت مسألة وهي شخص ولاه السلطان بلداً وأعمالها وصرح له بالإذن في الاستخلاف، فعرض للقاضي المشاور إليه سفر إلى بلد السلطان ففوض جميع ما فوضه له السلطان لإنسان وأسند إليه جميع ما هو داخل في ولايته ومشمول بعمومها، وصرح له بالتفويض ونصب النواب والعزل. فأقام ذلك الإنسان المفوض إليه قاضياً بمقتضى الإذن المشروح، فهل استنابة الإنسان المذكور المفوض له لهذا القاضي صحيحة أم لا؟ وإذا كانت صحيحة، فهل يجوز التعرض لنقض أحكام هذا القاضي المشار إليه أم لا؟ فأجاب الشيخ العلامة ناصر الدين اللقاني بما نصه: قد نص علماؤنا على أن القاضي إذا فوض إليه الإمام الأعظم القضاء وأذن له في الاستخلاف جاز ذلك وعمل به، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: ولو تجرد عقد التولية عن إذن الاستخلاف لم يكن له استخلاف. فقال شارحه الشيخ خليل في توضيحه: إن أذن له في الاستخلاف أو نص له على عدمه عمل على ذلك. وقال ابن عرفة: والقاضي إن أذن له في استخلافه جاز استخلافه،

ومن المعلوم أن الاستخلاف في هذه النصوص لفظ عام يتناول كل استخلاف، سواء كان استخلافاً على نفس القضاء والحكم أو استخلافاً على تولية وظيفة القضاء والحكم، وإن كان الأول هو الغالب في الفعل عرفاً، وكونه هو الغالب في الفعل عرفاً لا يخصص العام لأن المخصص للعام هو القول لا الفعل كما تقرر في محله من أصول الفقه. وإذا تقرر عمومه فحيث فوض الإمام إلى القاضي القضاء وأذن له في الاستخلاف كان الإذن المذكور إذناً له في استخلاف من يباشر القضاء والحكم لمن يصلح شرعاً، فإذا فوض القاضي المذكور لإنسان ما فوضه له السلطان من القضاء ومن الاستخلاف المذكور كان هذا التفويض من القاضي المذكور لذلك الإنسان في القضاء والاستخلاف صحيحاً مأذوناً له فيه من السلطان، فإذا استخلف هذا الإنسان في وظيفة القضاء من هو أهل لذلك شرعاً كان هذا الاستخلاف صحيحاً معتبراً معمولاً به لاستناده إلى إذن السلطان، فأقضية هذا المستخلف الأخير الذي استخلفه ذلك الإنسان صحيحة وأحكامه نافذة لا يجوز التعرض لها بنقض ولا تعقب والله سبحانه أعلم بالصواب انتهى. جوابه وما قاله ظاهر.

فرع: في استنابة القاضي بغير عمله: قال البرزلي: سألت شيخنا الإمام عن مسألة نصها: جوابكم في قاضي عمالة سافر إلى غيرها وقد كان المقام العالي أسماه الله أذن له في النيابة عنه في عمالته بخلال ما يرجع إليها، فسافر القاضي المذكور ولم يستنب وقد كان بدأ الحكم في قضية تدمية بشهادة عدول ولم يكملها فرغبة بعد سفره المذكور أهل القضية المذكورة في الاستنابة فيها حتى يكمل، فهل يسوغ له ذلك في القضية المذكورة وهو بغير عمالته لاستناده إلى ما سبق له فيها من إذن الإمام أم لا يسوغ له ذلك لكونه كحكمه في غير عمله؟ وكيف إن سوغتم له الإذن، فهل يكفي خطه لمن استنابه وعينه لذلك أم لا بد من الإشهاد عليه في الاستنابة المذكورة بغير عمالته؟ فإن استناب على أحد الوجهين وقد كان شهد عنده العدول في التدمية المذكورة ومن فصولها أنهم لا يعلمون الميت المذكور بريء من الجرح المذكور إلى أن مات فشهد عند النائب عنه شهود استرعاء زكاهم عدول بأن الميت المذكور مات عن صحة بينة ليس من جرح بحال، فهل يعمل على هذه الثانية لكونها أثبتت غير ما ذكرته الأولى وإن كانت الأولى أعدل أم لا؟ فإن عمل على الثانية، فهل يلزم المدعى عليه أدب أو يسرح؟ وإن حكم بأدبه، فهل يكفي ما مضى من سجنه وله اليوم قريب من ثلاثة أشهر مسجون مصفد في الحديد أم لا؟ أفتنا بالجواب في ذلك. فأجاب: الاستنابة المذكورة صحيحة عاملة ولا يدخلها الخلاف الحاصل من نقل ابن سهل، لأن سماع البينة أقرب للحكم من مجرد الاستنابة ويقوم جوازها من مسألة العريش من المدونة: وثبوت البينة للحكم بالصحة المذكورة، ويسقط حد الضرب والسجن، وتقدم حبسه المذكور يسقط استئناف أدبه ويكفي فيه والله أعلم. انتهى جوابه. وما ذكره من أن الاستنابة أخف من سماع البينة يشهد له ما تقدم لابن رشد أنه يكفي

فيها خط القاضي وقبول قوله إن وقع، وما ذكره من أنه يقوم جوازها من مسألة العريش هي من اكترى دابة من رجل ليحمل عليها دهناً من مصر إلى فلسطين فغره منها فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش. وقال غيره: قيمته بمصر إن أراد لأنه منها تعدى.

قلت: فإذا اعتبر على قول الغير محل، الإذن فهل محل القاضي هنا فلا يستنيبها لأنه في غير محله؟ ومن اعتبر ما آل إليه الأمر وهو وقوع العثور فينظر تحصيله فمتى ما حصل رتب الحكم عليه، فيتخرج على هذا خلافاً في هذه المسألة. وما ذكره من أعمال شهادة الصحة هو أحد الأقوال من مسائل منها شهادة الصحة والمرض ويليها الحكم للأعدل. وما ذكره من أن ما مضى يكفي في أدبه هو اختيار ابن الحاج على ما يأتي إذا سقط الدم بأي وجه سقط فيؤدب بحسب الاجتهاد ولا يبلغ به السنة خلاف؛ اختيار ابن رشد إذا قوي طلب الدم ثم سقط الموجب فلا بد من استئناف ضرب مائة وحبس سنة. انتهى كلام البرزلي، وما ذكره من أنه تقدم لابن رشد هو ما نصه: وسئل عمن يستنيبه القاضي في المسألة، هل يكتفي المستناب بخطه إلى أمير المصر أو جماعته كما يكتفي بخط السلطان في التقليدات كلها حسبما نص عليه أهل العلم إذ هي استنابة، أم لا بد من إثبات ذلك بشاهدين كسائر الأحكام؟ فأجاب بأنه يكتفي فيه بأيسر الأشياء من معرفة الخط وشبهه إذ لم يقتض حكماً يلزم ثبوته، ولو نهض المستناب لما أمر به من غير كتاب لمضى الأمر كما لو كان الكتاب.

قلت: شبه ما لو حكما رجلين بينهما انتهى. ويقع في نسخ البرزلي «كما يكتفي بخط السلطان في الشهادات». والذي في كتاب الأقضية من نوازل ابن رشد في التقليدات كما تقدم وهو الصواب. ومسألة العريش في كتاب كراء الدواب والرواحل من المدونة في أواخره. وفلسطين بكسر الفاء والعريش بفتح العين المهملة موضع. قاله في التنبيهات والله أعلم.

فرع: قال في الإرشاد: وله الاستعانة بمن يخفف عنه النظر في الأحباس والوصايا وأموال اليتامى. قال الشيخ زروق في شرحه: قال في الجواهر: ينبغي له أن يستبطن أهل الخير والأمانة والعدالة ليستعين بهم على ما هو بسبيله ويقوي بهم على التوصل إلى ما ينويه ويخففوا عنه ما يحتاج فيه إلى الاستنابة فيه كالنظر في الأحباس والوصايا والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك. قال: والأقرب عندي أنه إن كان عاجزاً عن ذلك إلا بهم فهو واجب وإلا فمستحب انتهى. وقال المتيطي: للقاضي أن يقدم على المناكح ناظراً ينظر فيها ويتولى عقد فصولها ومعانيها، ويجوز للمقدم النظر فيما قدم من ذلك عليه دون مطالعة من ولاه ومشاورته. ونقله عنه ابن عرفة ثم قال المتيطي: قال بعض الموثقين: ولا مدخل لهذا المقدم عندي في العقد على من لها ولي حاضر يعضلها عن النكاح لأن ذلك يحتاج إلى ثبوت عضلها والحكم بالنكاح عليه إلا أن يكون لعضله وجه يعرف، وليس ذلك لصاحب هذه الخطة إلا أن ينص على ذلك في تقديمه

....

نصاً. ومنه: للقاضي أن يقدم على الحسبة ناظراً ينظر فيها، وللقاضي تقديم صاحب الأحباس لينظر في حبسات جامع حضرته ومساجدها وإصلاح ما هي ومنها وكرائها وقبض غلاتها ويصرفه في مصالحها، وذلك من الأمور التي لا بد منها ولا غنى عنها وهي من أهم ما ينظر فيه ويقدم له، وتجوز أفعال المقدم بذلك ما وافق السداد ولم يخرج عن طريق الاجتهاد انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ابن محرز: ولم يختلفوا أن القاضي ليس له أن يوصي بالقضاء عند موته لغيره بخلاف الوصي والإمام الأكبر. وضابط ذلك أن كل من ملك حقاً على وجه لا يملك معه عزله، فله أن يوصي به ويستخلف عليه كالخليفة والوصي والمجبر - يعني في النكاح على ما ذهب إليه ابن القاسم - وإمام الصلاة. وكل من ملك حقاً على وجه يملك معه عزله عنه فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو كان مفوضاً إليه أو خليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك انتهى. وقال ابن عرفة: وفي النوادر عن الواضحة: وظاهره أنه لابن الماجشون ليس للقاضي أن يستخلف بعد موته انتهى. وانظر قوله في التوضيح عن ابن محرز «وإمام الصلاة» ظاهره أنه لا يملك الإمام عزله. وقال في الذخيرة في الباب العاشر في العزل ما نصه: الفرع السابع: قال بعض العلماء: من التصرفات ما تتوقف صحته على الولاية كالقضاء والوكالة والخلافة، ومنها ما يصح بغير ولاية كالخطابة والإمامة. فالقسم الأول يقبل العزل من جهة المولى والمتولي، والقسم الثاني لا يقبل العزل إلا من جهة المتولي بل من جهة المولي لأن الخطابة لا تنفك عن المتصف بها حتى تذهب أهليته، فلا يتمكن من عزل نفسه لأن صحة تصرفه لا تكفي فيه الأهلية فلعزله نفسه أثر فكان متمكناً. وأما ما يطلق للخطيب فتركه إياه ليس عزلاً. وعلى هذا ليس للخليفة في نصب الخطيب إلا تسويغه المطلق للخطابة إلا أنه يفيده أهلية التصرف ومنع المزاحمة للخطيب والإمام بعد الولاية، فليس ذلك ولاية إنما هو من صون الأئمة عن أسباب الفتن والفساد. ويظهر لهذا البحث أن صحة التصرف في الخطيب سبب الولاية، وفي القاضي ونحوه الولاية سببه، فبين البابين فرق عظيم فلذلك يقبل أحدهما العزل مطلقاً دون الآخر انتهى. وفي أسئلة الشيخ عز الدّين بن عبد السلام: ما تقول في الائتمام بالمستخلف في الإمامة إذا لم يأذن الناظر في ذلك هل يجوز؟ فأجاب: الائتمام بالمستخلف صحيح، لأن الائتمام لا يتوقف إلا على صحة الصلاة وصلاته صحيحة مسقطة للقضاء فجاز الائتمام به انتهى.

فرع: علم من قوله في التوضيح «بخلاف الوصي» أن للموصي أن يوصي بما إليه وأن يوكل غيره في حياته. قال في المتيطية: ولا يجوز لمقدم القاضي على النظر لليتيم أن يوكل كل ما جعل إليه أحداً غيره، حي أو مات، ولا أن يوصي به إلى أحد وهو خلاف وصي الأب. وقاله ابن أبي زمنين وابن الهندي وغيرهما من الموثقين. وحكى بعض الموثقين أن الذي مضى عليه الحكم أن حكم مقدم القاضي على من قدم عليه كحكم الوصي من قبل الأب في جميع

مَنْ عَلِمَ مَا ٱسْتُخْلِفَ فِيهِ. وَٱنْعَزَلَ بِمَوْتِهِ. لاَ هُوَ بِمَوْتِ الأَمِيرِ، وَلَوِ الخَلِيفَةَ. وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَهُ: أَنَّهُ قَضَىٰ بِكَذَا

أموره لأن القاضي أقامه مقام الوصي. قاله بعض الشيوخ. فعلى هذا يكون لمقدم القاضي أن يوكل في حياته من يقوم على المحجور مقامه. انتهى. ص: **(وانعزل بموته)** ش: قال ابن الحاجب: وإذا مات المستخلف لم ينعزل مستخلفه ولو كان الخليفة. قال في التوضيح: المستخلف بكسر اللام ومستخلف بفتحها وظاهره الإطلاق فيتناول الإمام والأمير والقاضي وهو

فانظره هو ما يأتي عند قوله «أو قاضي مصر» **(إن علم ما استخلف فيه)** ابن الحاجب: يشترط علمه بما يستخلف فيه. وقال ابن شاس: يشترط في خليفة القاضي صفات القضاة إلا إذا لم يفوض له إلا سماع الشهادة والنقل فلا يشترط من العلم إلا معرفة ذلك القدر. **(والعزل بموته)** ابن شاس: لو مات القاضي وقد استخلف مكانه رجلاً وقال له سر مكاني ونفذ ما كنت صدرت فيه للقضاء واقض، فلا قضاء له ولا سلطان وليس للقاضي أن يستخلف بعد موته **(هو بموت الأمير ولو الخليفة)** قال أصبغ: لا يعزل القاضي بموت موليه الإمام أو أميره. المتيطي: وليس للقاضي أن يستخلف قاضياً مكانه ويريح نفسه إلا إن سافر أو مرض، فإن كان ذلك بإذن الإمام فلا تبالي كان القاضي غائباً أو حاضراً، وكان الإمام ولى قاضيين أو أحدهما فوق صاحبه ثم قال: للقاضي تقديم مقدم على الأحباس للنظر فيها وإصلاح ما وهي منها وكرائها وقبض غلاتها وتصرفه في مصالحها، ويجوز إفعال المقدم لذلك مما يوافق السداد ولم يخرج عن طريق الاجتهاد، وإذا توفي القاضي المقدم له أو عزل فتقديمه تام إذ ليس ينفسخ تقديم قاض بموته ولا عزله حتى ينقضه الوالي بعده ثم قال: وكذلك إذا مات الإمام الذي تؤدى إليه الطاعة وقد قدم قضاة وحكاماً وولي الأمر غيره وقضاء الحكام الذين قدمهم الإمام الميت والقاضي يقضيه بين موت الإمام الأول وقيام الثاني أو بعد قيامه وقبل أن تنفذ إليهم الولاية ويمضي لهم الحكومة فيما قضوا به في الفترة وحكموا فيه، فأقضيتهم نافذة وأحكامهم جائزة وسجلاتهم ماضية وهي بمنزلة ولاة الأيتام يقدمهم القاضي على النظر للأيتام ثم يموت القاضي أو يعزل، فتقديمه لهم ماض وفعلهم جائز لا يحتاج إلى أن يمضيه القاضي الذي ولي بعده اهـ. انظر هذا مع قوله «وإن عزل بموته» **(ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا)** ابن الحاجب: لو قال بعد العزل قضيت بكذا أو أشهد أنه قضى بكذا لم يقبل. ابن عرفة: ومفهوم قوله بعد العزل أنه قبل العزل يقبل قوله مطلقاً وليس كذلك. سمع أصبغ: ابن القاسم: شهادة القاضي بقضاء قضى به وهو معزول أو غير معزول لا يقبل. ابن رشد: في هذه المسألة معنى خفي وهو أن قول القاضي قبل عزله قضيت بكذا لا يقبل إن كان بمعنى الشهادة كتخاصم رجلين عند قاض فيحتج أحدهما بأن قاضي بلد كذا قضى لي بكذا أو ثبت عنده كذا فيسأله البينة على ذلك فيأتيه بكتاب من عنده أني حكمت لفلان أو أنه ثبت عندي لفلان كذا فهو لا يجوز لأنه شاهد، ولو أتى الرجل ابتداء للقاضي فقال له خاطب لي قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان أو فيما حكمت لي به عليه فخاطبه بذلك قبل ذلك لأنه مخبر لا شاهد كما يقبل قوله، وينفذ فيما يسجل به على نفسه ويشهد به من الأحكام ما دام في قضائه. انظر هذا

وَجَازَ تَعَدُّدُ مُسْتَقِلٌّ أَوْ خَاصٌّ بِنَاحِيَةٍ، أَوْ نَوْعٍ، وَالقَوْلُ لِلطَّالِبِ، ثُمَّ مَنْ سَبَقَ رَسُولُهُ. وَإِلاَّ أُقْرِعَ.

مقيد بما عدا القاضي ونائبه، فإن نائب القاضي ينعزل بموت القاضي. نص عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب. ابن رشد: ولا أعلمهم اختلفوا فيه قيل: ولعله أراد المتقدّمين وإلا فقد نقل ابن العطار الخلاف عن فقهاء زمانه في موت الإمام وجعلوا مثله مقدّم القاضي للنظر على الأيتام انتهى. وانظر هذا الذي ذكره المؤلف مع ما نقله ابن عرفة عن المتيطي ونصه المتيطي: ولا ينعزل مقدم القاضي عن يتيم بموته أو عزله ولا خلاف فيه. ابن العطار: اختلف فيها فقهاؤنا ولذا استحسنوا ذكر إمضاء الثاني تقديمه انتهى. ونص المتيطية لما أن تكلم على تقديم القاضي ناظر الأحباس: وإذا مات القاضي المقدم له أو عزل فتقديمه تام حتى ينقضه الوالي الذي بعده لعلة ما، إما لاستغناء أو لريبة تظهر من المقدم. وليس يحتاج أن يقول فيما يدفعه من النفقات وغيرها قبل أن يعزل الوالي الثاني أن الوالي أمضاه إذ ليس ينفسخ تقديم قاضٍ بموته ولا عزله حتى ينقضه الوالي بعده، وبه صرح عن فسخه وعزله لأن القاضي المفتي أو المعزول قدمه في وقت يجوز له فيه التقديم فذلك على التمام حتى ينقضه الوالي بعده لعلةٍ ما كما قدّمناه وتقديمه من نظر أحكامه التي لا تنقض بموته ولا بعزله، وكذلك إذا مات الإمام الذي تؤدّى إليه الطاعة وقد قدم قضاة وحكاماً فأقضيتهم نافذة وأحكامهم جائزة فيما بين موت الأول وقيام الثاني، وكذا بعد قيامه وقبل أن ينفذ لهم الولاية وهم بمنزلة ولاة الأيتام يقدمهم القاضي ثم يموت أو يعزل فتقديمه لهم ماضٍ وفعلهم جائز ولا يحتاج أن يمضيه القاضي الذي ولي بعده. قال ابن

بعد قوله «أو شهوداً» **(وجاز تعدد مستقل أو خاص بناحية أو نوع والقول للطالب)** ابن عرفة: يجوز تولية قاضيين ببلد على أن يخص كل منهما بناحية من البلد أو نوع من المحكوم فيه لأن هذه الولاية يصح فيها التخصيص والتحجير، ولو استثنى في ولايته أن لا يحكم على رجل معين صح ذلك اهـ. قال البرزلي: وكذا فعل شيخنا الإمام حين قدم القسطنطيني جعل له أن لا يحكم عليه في مدرسته وإمامته وما تحت يده، وقال أصبغ: إن منع الإمام قاضيه الحكم بين خصمين، فإن كان قبل أن يتبين له الحق إطاعة وإلا أنفذه إلا أن يعزله رأساً. قال ابن فتحون: وقد تنفرد القضاة ببعض البلد بخطة المناكح فيولاها على حدة. ابن عرفة: كما في بلدنا تونس قديماً وحديثاً من تخصيص أحدهما بأحكام النكاح ومتعلقاته، والآخر بما سوى ذلك. قال: وكذا على عدم التخصيص مع استقلال كل منهما بنفوذ حكمه، ومنعه بعضهم خوف تنازع الخصوم فيمن يحكم بينهم، ومقتضى أصول الشرع جوازه والتنازع يرتفع شغبه باعتبار قول الطالب **(ثم من سبق رسوله وإلا أقرع)** المازري: لو فرضنا الخصمين جميعاً طالبين كل منهما يطلب صاحبه، فلكل واحد منهما أن يطلب حقه عند من شاء من القضاة، ويطلب الآخر حقه عند من شاء. وإن اختلفا فيمن يبدأ بالطلب وفيمن يذهبان إليه من القاضيين أوجبت للسابق من رسل القاضيين، وإن لم يكن لأحدهما ترجيح بسبق الطلب على الآخر ولا بغير ذلك أقرع بينهما **(كالادعاء)** ابن شاس: لو نصب في بلد قاضيان ثم تنازع الخصمان في الاختيار أو

كَالادِّعَاءِ، وَتَحْكِيمُ غَيْرِ: خَصْمٍ،

العطار: ونزلت عندنا واختلف فيها فقهاؤنا وفيها اختلاف قد قيل إن أحكامهم في الفترة غير نافذة وينقض ما حكموا به قبل أن يمضي الإمام القائم تقديمهم وولايتهم. قال: وتنعقد عنده على هذا المذهب في أمر المقدّمين للأيتام أن يذكر إمضاء القاضي الثاني للتقديم للخروج من الخلاف. ويوجد هذا العقد في الوثائق القديمة ولم يلتزم الشيوخ قديماً عقده إلا للاختلاف الواقع فيه فيخرج بذكره من الخلاف. قال: والقول الأول في أن أحكام الحكام نافذة قبل إمضاء الإمام الوالي لولايتهم أحسن. انتهى فتأمله والله أعلم. قال ابن عبد السلام: وعندي أن ما قالوه من انعزال نائب القاضي بموت القاضي صحيح إن كان القاضي استنابه بمقتضى الولاية على القول بأن له ذلك، وأما إن استناب رجلاً معيناً بإذن الإمام الأمير أو الخليفة فينبغي أن لا ينعزل ذلك النائب بموت القاضي، ولو أذن له في النيابة إذناً مطلقاً فاختار القاضي رجلاً ففي انعزاله بموت القاضي نظر. انتهى. قال في التوضيح: وانظر ما الفرق بين نائب القاضي في انعزاله وبين نائب الأمير في عدم انعزاله، وقد استشكله فضل وغيره انتهى. وقال البرزلي في أوائل النكاح: وسئل ابن رشد عن أمير مدينة كتب إلى الأمير الأعلى في تقديم قاض وعين رجلاً فكتب إليه بتوليته ففعل وكتب له صكاً بتقديمه على أمر الأمير الأعلى فحكم بذلك، ثم ولي صاحب مناكح فحكم بطول حياة القاضي وهو يعلم الأمير، فمات القاضي وبقي صاحب المناكح على خطته وطريقته من شهادة الفقهاء عنده والأعلام بذلك فيما يرجع للنكاح والطلاق، فهل تحترم أحكامه بعد موت القاضي أو تفسخ؟ فأجاب: لا تنقض أحكامه بموت القاضي وهو على خطته حتى يعزله من ولي بعد الأول وفعله جائز صحيح.

قلت: لأن من ولّى القاضي الأول مطلع على تقديم هذا فكأنه قدمه، ومثله مقدم القاضي على محجوره إذا عزل القاضي فالمقدم على حاله لا يغير لأن ما فعله القاضي في غيره وتقرر حكمه فيه فإنه ماضٍ لا يغيره عزله ولا موته انتهى. وفي مسائل الأقضية من نوازل ابن رشد: ومن حق الوصي إذا عزله غير الذي قدمه أن يبين له القاضي الذي عزله الوجه الذي من أجله عزله، وأن يعذر إليه فيمن شهد عليه بالمعنى الذي أوجب عزله إذ ليس له أن يعزله إلا بأمر يثبت عليه عنده، وأما إن عزله الذي ولاه، فإن كان عزله بأمر رآه باجتهاده فليس عليه أن يعلمه به، وإن كان عزله لجرحة ثبتت عنده عليه فمن حقه أن يعذر إليه في ذلك، وإن عزل الوصي نفسه عن النظر لليتيم فليس له ذلك إلا من عذر لأنه حق لليتيم أوجبه على نفسه انتهى. وذكر فيه في أوائل الأقضية عزل القاضي من قدمه غيره من قاضٍ أو وصي أو غيره وعزل نفسه. ص: (**وتحكيم غير خصم**) ش: قال ابن الحاجب: فلو حكم خصمه فثالثها

ازدحم متداعيان فالقرعة. (**وتحكيم**) من المدونة وغيرها: لو أن رجلين حكما بينهما رجلاً فحكم بينهما

وَجَاهِلٍ، وَكَافِرٍ، وَغَيْرِ مُمَيِّزٍ: فِي مَالٍ، وَجَرْحٍ. لاَ حَدٌّ، وَلِعَانٌ،

يمضي ما لم يكن المحكم القاضي. قال ابن عبد السلام: هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد، وأشار بعضهم أو صرح بنفي الخلاف في أن حكمه غير ماضٍ، وحكى بعضهم أنه يمضي لكنه لم يتعرض إلى نفي الخلاف انتهى. ونقله في التوضيح وجزم ابن فرحون في تبصرته بالجواز فقال: مسألة: وإذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جوراً بيناً، وليس تحكيم الشخص خصمه كتحكيم خصم القاضي. قال أصبغ: لا أحب ذلك، فإن وقع مضى وليذكر في حكمه رضاه بالتحاكم إليه. وقيل: لا يجوز حكمه لنفسه، وقيل يجوز. انتهى فتأمله. وظاهر كلامهم أن هذا بعد الوقوع. وانظر هل يجوز ابتداء؟ وانظر قول ابن فرحون «جاز ومضى» هل معناه جاز ابتداء أو بعد الوقوع والنزول؟ فتأمله. ص: (وجاهل) ش: قال في التوضيح: قال ابن راشد: وأشار المازري واللخمي إلى أن الجاهل يتفق على بطلان حكمه لأن تحكيمه خطر وغرر. ثم قال في التوضيح: ونص اللخمي على أنه لا يلزم حكم المحكم إذا كان مالكياً والخصمان كذلك إذا خرج عن قول مالك

أمضاه القاضي ولا يرده إلا أن يكون جوراً بيناً. ابن عرفة: ظاهره ولو كان مخالفاً لما عند القاضي. ابن الحارث: قال ابن القاسم: ليس له فسخه إن خالف رأيه. اللخمي: إنما يجوز التحكيم بعدل مجتهد أو عامي يحكم باسترشاد العلماء وتحكيم غيرهما خطر والعذر في الحكم أشد منه في البيع. المازري: وتحكيم الخصمين غيرهما جائز كما يجوز أن يستفتيا فقيهاً يعملان بفتواه في قضيتهما. ابن عرفة: ظاهر قولهما جوازه ابتداء ولفظ الروايات إنما هو بعد الوقوع. وانظر هل لأحدهما الرجوع؟ قال مالك: لا رجوع لأحدهما بخلاف ما لو قضيا بشهادة شاهد فللمشهود عليه الرجوع **(غير خصم)** ابن الحاجب: لو حكم خصمه فثالثها يمضي ما لم يكن خصمه القاضي. ابن عرفة: القول بعدم مضيه مطلقاً لا أعرفه. ونقل اللخمي والمازري عن المذهب جواز تحكيم الخصم خصمه مطلقاً. وقال أصبغ: لا أحب لخصم القاضي أن يحكمه فيما بينهما فإن نزل مضى. وقال مطرف وابن الماجشون: إن حكم أحد الخصمين صاحبه مضى ما لم يكن جوراً. ابن عرفة: ينبغي إن كان جوراً عليه مالياً إمضاؤه لأنه منه معروف لخصمه. راجع ابن عرفة. **(وجاهل وكافر وغير مميز)** اللخمي: اختلفت أقوال من يذكر بعد على أن لا يحكم جاهل بالحكم لأنه تخاطر، ولا يجوز تحكيم كافر ولا مجنون ولا موسوس اتفاقاً **(في مال وجرح)** ابن عرفة: ظاهر الروايات إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه. اللخمي وغيره: إنما يصح في الأموال وما في معناها. سحنون: ولا ينبغي في حد ولا لعان إنما هما لقضاة الأمصار العظام. أصبغ: ولا في قصاص ولا حدّ ولا قذف ولا طلاق ولا عتق ولا نسب ولا ولاء لأنها للإمام. زاد في المنتقى عن أصبغ: فإن حكماه في ذلك نفذ حكمه ونفاه السلطان عن العودة. ولما ذكر ابن يونس قول سحنون ولا ينبغي للذي حكمه رجلان أن يقيم حداً قال: وأما الجراح فإذا أقاده من نفسه فلا بأس أن يستقيد إذا كان بعيداً عن السلطان **(لا حد ولعان**

وَقَتْلٌ، وَوَلاَءٍ وَنَسَبٍ وَطَلاَقٍ، وَعِتْقٍ. وَمَضَى، إِنْ حَكَمَ صَوَاباً، وَأُدِّبَ، وَصَبِيٍّ، وَعَبْدٍ،

وأصحابه، وإن لم يخرج باجتهاده عن ذلك لزم انتهى. وفي التبصرة لابن فرحون: إذا حكم الحاكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم. وقال اللخمي: إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد أو عامياً واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل لأن ذلك تخاطر منهما. وقال المازري: لا يحكم إلا من يصح أن يولي القضاء. قال: فإذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكياً ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج لم يلزم إذا كان الخصمان مالكيين لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه. وكذلك إذا كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك. انتهى. فتأمل آخر كلامه مع أوله، والظاهر أن الأخير مقيد للأول. وظاهر قوله «إذا كان مالكياً ولم يخرج عن مذهب مالك لزم حكمه» سواء كان الخصمان كذلك أم لا. ومفهوم قوله «إذا كان الخصمان مالكيين» أنهما لو كانا شافعيين وحكم بينهما بمذهبهما وترك مذهبه لزم حكمه. فتأمله والله أعلم. وقال في الذخيرة بعد ما نقل كلام اللخمي: وهذا الكلام يقتضي أن مراده بالاجتهاد الاجتهاد في مذهب معين لا الاجتهاد على الإطلاق انتهى. وفي العمدة: وإذا حكما رجلاً ورضيا بحكمه لزمهما حكمه إذا كان جائزاً شرعاً وإن خالف حكم البلد بخلاف التحكيم في الشهادة فله الرجوع عنه انتهى. يعني والله أعلم إذا قال ما شهد به على فلان فهو حق. **ص: (ومضى إن حكم صوابا وأدب) ش:** ظاهر كلام المؤلف أنه يؤدب، سواء أنفذ الحكم أم لم ينفذه بنفسه ولكنه حكم به ورفعه إلى القاضي ينفذه. والذي حكم به نقله في التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة وفي الذخيرة وابن يونس وابن فرحون أن الأدب إنما يكون إذا أنفذ الحكم بنفسه، أما إذا حكم ولم ينفذ فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة. ونص ما في التوضيح: قال أصبغ: إذا حكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة، زاد ابن عبد السلام: ويقيم الحد وغيره انتهى. ثم قال في التوضيح: وإن فعل المحكم ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو حد ثم رفع ذلك إلى الإمام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صواباً من حكمه. انتهى ونقله القرافي وغيره عن سحنون وزاد القرافي وابن فرحون بعد هذا الكلام الأخير: وبقي المحدود محدوداً والتداعي ماضياً اهـ. فتأمل ذلك فإنه ينبغي أن يقيد به كلام المؤلف والله أعلم. **ص: (وفي صبي وعبد الخ) ش:** تصوره واضح. وأدخل معهم ابن رشد المولى عليه. نقله عنه الشيخ أبو الحسن في كتاب

وقتل وولاء ونسب وطلاق وعتق) تقدم النص بهذا كله. **(ومضى إن حكم صواباً وأدب)** أصبغ: إن حكماه فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه أنفذ السلطان حكمه في القود والحدّ ونهاه عن العودة، وإن كان هو أقام ذلك فقتل واقتص وضرب الحد زجره الإمام وأدبه وأمضى صواب حكمه **(وفي صبي وعبد**

وَٱمْرَأَةٍ، وَفَاسِقٍ. ثَالِثُهَا، إِلاَّ الصَّبِيَّ، وَرَابِعُهَا: إِلاَّ وَفَاسِقٍ، وَضَرْبُ خَصْمٍ لَدَّ، وعَزْلُهُ لِمَصْلَحَة. وَلَمْ

الأقضية عند قوله ولو أن رجلين حكما رجلاً والمستثنى في القول الثالث والرابع هو ما ذكره المصنف على حاله فتأمله والله أعلم. ص: (**وضرب خصم لد**) ش: قال في أول كتاب الأقضية من المدونة: ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لدده. أبو الحسن: قوله «إذا تبين لدده» معناه إذا ثبت بينة إذ لا يقضى بعلمه إلا في التعديل والتجريح انتهى. وفي رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: سئل مالك عن الرجلين إذا اختصما وألدّ أحدهما فعرف ذلك منه القاضي، أترى أن يعاقبه؟ فقال: نعم إذا تبين ذلك منه ونهاه فأرى أن يعاقبه. قال ابن رشد: هذا كما قال، لأن لدد أحد الخصمين بصاحبه إذاية له وإضرار به وواجب على الإمام أن يكف أذى بعض الناس عن بعض ويعاقب عليه بما يؤدي إليه اجتهاده انتهى. ومثله في سماع أصبغ فتأمل كلام ابن رشد فإنه يدل على أنه واجب. وقال ابن فرحون في الأمور التي ينبغي للقاضي منع الخصوم منها: أن الغريم إذا دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه إن كان عدلاً، فإن تغيب شدد القاضي عليه في الطلب وأجرة الرسول على الطالب، فإن تغيب المطلوب وتبين لدده فالأجرة عليه. ونحو ذلك للخمي. وقال ابن الفخار: ولا يلزم المدعى عليه شيء والمرجح عندهم الأول. وانظر أحكام ابن سهل، والمسألة مبسوطة في باب القضاء بالنكول عن مجلس القاضي. وفي مفيد الحكام لابن هشام: من استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين. ثم قال: ومنها أنه ينبغي له أن يمنع من رفع الصوت عنده فإن ذلك مما يبرمه ويضجره ويحيره انتهى. ص: (**وعزله لمصلحة**) ش: ابن عرفة: ويجب تفقد الإمام حال قضاته فيعزل من في بقائه مفسدة وجوباً فوراً ومن يخشى مفسدته استحباباً ومن غيره أولى منه عزله راجح انتهى. ثم قال المازري: إذا كان في العزل مصلحة للعامة أمر الإمام بالمناداة إليه، وإن وجد الإمام أفضل ممن ولى فله عزله لتولية الأفضل، وإن لم يجد إلا من هو دونه فلا يعزله، فإن عزله فلا ينفذ عزله.

(**وامرأة وفاسق ثالثها إلا الصبي ورابعها وفاسق**) أشهب: تحكيم الصبي والمسخوط لغو بخلاف المرأة والعبد. وكذا قال أصبغ: إن حكما امرأة فحكمها ماض وإن كان مما اختلف فيه، وكذا العبد. قال ابن حبيب: وبه آخذ، قال أصبغ: وكذلك المسخوط إذا أصاب والمحدود والصبي إذا عقل وعلم رب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء. وقال سحنون: لو حكما مسخوطاً أو امرأة أو عبداً فحكم بينهما فحكمه باطل. وفي الواضحة: وكذلك الصبي من المنتقى (**وضرب خصم لد**) سمع ابن القاسم: إن لد أحد الخصمين بصاحبه وتبين ذلك فللقاضي أن يعاقبه. ابن رشد: لأن لدده إذاية وإضرار فواجب على الإمام أن يكفه ويعاقبه عليه بما يراه. وفي حفظي عن بعضهم: إن قال لخصمه ظلمتني أو غصبتني ونحوه بالفعل الماضي أو تظلمني فلا شيء عليه، وإن قال يا ظالم ونحوه باسم الفاعل أدّب (**وعزله لمصلحة ولم ينبغ إن شهر عدلاً بمجرد شكية**) المتيطي: ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال قضاته

يَنْبَغِ. إِنْ شُهِرَ عَدْلاً بِمُجَرَّدِ شَكِيَّةٍ وَلْيُبَرَّأْ عَنْ غَيْرِ سُخْطٍ وَخَفِيفُ تَعْزِيرٍ بِمَسْجِدٍ لاَ حَدٌّ، وَجَلَسَ بِهِ

قلت: في عدم نفوذ عزله نظر، لأنه يؤدي إلى لغو توليته غيره فيؤدي ذلك إلى تعطيل أحكام المسلمين انتهى. ص: (ولم ينبغ إن شهر عدلاً بمجرد شكية) ش: مفهوم قوله «إن شهرعدلاً» أن غير المشهور عدالته يعزل بمجرد الشكية. وحكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال ونصه: وعزله بالشكاية به إن لم يكن مشهوراً بالعدالة في وجوبه بها أو الكتب إلى صالحي بلده ليكشفوا عن حاله فإن كان على ما يجب وإلا عزل. ثالثها إن وجد بدله وإلا فالثاني للشيخ عن أصبغ وغيره ومطرف. انتهى. ص: (وخفيف تعزير بمسجد) ش: قال في التوضيح: قال مالك: كالخمسة الأسواط والعشرة انتهى. ص: (لا حد) ش: قال في المدونة: ولا يقيم في المسجد الحدود وشبهها. أبو الحسن: لأن في ذلك إهانة له والله يقول ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع﴾ [النور: ٣٦] وقوله «وشبهها» يعني التعزيرات الكثيرة انتهى. وقال ابن الحاجب: ولا تقام الحدود في المسجد. قال في التوضيح: هو محتمل للمنع لأنه ذريعة إلى أن يخرج منه ما ينجس المسجد والكراهة تنزيهاً له. انتهى. ص: (وجلوس به) ش: قال ابن عبد السلام: الأقرب في زماننا اليوم الكراهة وتبعه في التوضيح. وقال في الذخيرة: قال اللخمي: الرحاب أحسن لأن المسجد ينزه عن الخصومات. قال صاحب المنتقى: المستحب الرحاب الخارجة عن المسجد ثم ذكر الخلاف ثم قال: قال صاحب المقدمات: يستحب جلوسه في الرحاب الخارجة عنه فوافق الباجي واللخمي ولم يحك خلافاً، وكلام الباجي وابن رشد هذا يدل على أنهم فهموا أن المشهور ما قالوه ويعضده قوله «كل من أدركته من القضاة لا يجلسون إلا في الرحاب» فدل على أن العمل على ذلك والعمل عنده مقدم انتهى.

وأمور حكامه وولاته ويتطلع أحكامهم ويتفقد قضاياهم فإنهم سنام أموره ورأس سلطانه، ويسأل عنهم أهل الصلاح والفضل، وإن كانوا على ما يجب أقرهم، وإن تشكى بهم عزلهم. وإن كانوا مشهورين بالعدل والصلاح، وقد عزل عمر سعداً وقال: والله لا يسألني قوم عزل أميرهم ويشكونه إلا عزلته عنهم مع علمه رضي الله عنه ببراءة سعد. وقال مطرف: ليس للسلطان أن يعزل قاضيه بالشكية إذا كان عدلاً وإن وجد منه بدلاً.ابن عرفة: يجب تفقد الإمام حال قضاته فيعزل من في بقائه مفسدة وجوباً فورياً ومن تخشى مفسدته استحباباً، ومن غيره أولى منه عزله أرجح (وليبرىء عن غير سخط) أصبغ: لا بأس إذا عزله أن يخبر الناس ببراءته كما فعل عمر بشرحبيل إذ عزله فقال له: أعن سخطة عزلتني؟ قال: لا ولكن وجدت من هو مثلك في الصلاح وأقوى على عملنا منك، فلم أر أن يحل لي إلا ذلك. فقال: يا أمير المؤمنين، إن عزلك عيب فأخبر الناس بأمري ففعل. فإن عم التشكي بالقاضي عزله وأوقفه للناس بعد ذلك فيأتي كل رجل بمظلمته وشكواه (وخفيف تعزير بمسجد لأحد) من المدونة: لا بأس بيسير الأسواط أدباً في المسجد وأما الحدود وشبهها فلا (وجلوس به) من المدونة قال مالك: القضاء بالمسجد من الحق وهو من الأمر القديم لأنه يرضى فيه بالدون من المجلس وتصل إليه

بِغَيرِ عِيدٍ، وَقُدُومِ حَاجٍّ، وَخُرُوجِهِ، وَمَطَرٍ وَنَحوِهِ، وَاتِّخَاذُ حَاجِبٍ وَبَوَّابٍ، وَبَدأَ بِمَحْبُوسٍ، ثُمَّ وَصِيٍّ؛ وَمَالِ طِفْلٍ، وَمُقَامٍ ثُمَّ ضَالٍّ؛

فرع: يستحب للقاضي أن يستقبل القبلة في جلوسه. قاله ابن عرفة في كلامه على مجلس القاضي ثم قال بعده بنحو الورقتين: وينبغي له أن لا يتضاحك مع الناس انتهى. ص: **(بغير عيد إلى آخره)** ش: عدم جلوسه على جهة الأولى قال ابن الحاجب وغيره: لا ينبغي. وقال ابن فرحون: وكذلك يوم شهود المهرجان وحدوث ما يعم من سرور أو ضرر. وقال في المتيطية: ولا بأس أن يترك النظر يوم الجمعة انتهى. ونقله ابن فرحون والله أعلم. ص: **(وبدىء بمحبوس الخ)** ش: كذا ذكره في التوضيح. وقال ابن فرحون في تبصرته: ويلزمه أن يكون أول ما يبتدىء به الكشف عن الشهود والموثقين فيعرف حال من لا يعرف حاله منهم ويفحص عن عدالتهم، فمن كان عدلاً أثبته، ومن كان فيه جرحة أسقطه وأراح المسلمين من إذايته، ولا يحل له أن يترك غير المرضي ينصبه للناس فإنها خديعة للمسلمين ووصمة في شعائر الدين، وعليه أن يصرح بعزل هؤلاء ويسجل على شاهد الزور كتاباً مخلداً بعد عقوبته، وكذلك يجب عليه الكشف عن المحبوسين انتهى. فتأمل كيف جعل أول ما يبدأ به الشهود وهو الظاهر، لأن مدار الأمر كله عليهم. وإذا ولى قضاء غير بلده فنقل في التوضيح عن المازري أنه يسأل عن عدول البلد قبل خروجه. قال: وينادي مناد يشعر الناس باجتماعهم لقراءة سجله المكتوب بولايته، فإذا فرغ نظر في مكانه الذي يجلس فيه والعدل أن يكون في وسط البلد انتهى. وقال ابن عرفة المازري: إذا ولي قضاء غير بلده ينبغي له قبل خروجه بحثه عن عدول البلد الذي يقدم عليه إن كان بمكانه من يعرف حالهم ليكون على بصيرة من حالهم وقد يفتقر في حال قدومه للاستعانة بأحدهم.

قلت: ولهذا المعنى كنت أفهم من بعض من لقيت ممن يقتدى به أنه قال: ينبغي لمن هو

المرأة والضعيف. وروى ابن حبيب: يجلس برحاب المسجد وهذا أحسن لقوله ﷺ «جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم» **(بغير عيد وقدوم حاج وخروجه ومطر ونحوه)** اللخمي: يلتزم وقتاً من النهار ليعلمه أهل الخصومات لأنه إن اختلف أضر بالناس ولا يجلس أيام الأعياد. قال ابن عبد الحكم: ولا قبلها كيوم التروية وعرفة يريد وإن لم يكونوا في حج ولا يوم خروج الحاج بمصر لكثرة من يشتغل يومئذ بمن يسافر. وكذا في الطين والوحل وكل هذا ما لم يكن ضرورة ممن ينزل به أمر **(واتخاذ حاجب وبواب)** أصبغ: حق على الإمام أن يوسع على القاضي في رزقه ويجعل له قوماً يقومون بأمره ويدفعون الناس عنه إذ لا بد له من أعوان يكونون حوله يزجرون من ينبغي زجره من المتخاصمين، فقد كان الحسن ينكر على القضاة اتخاذ الأعوان فلما ولي القضاء قال: لا بد للسلطان من وزعه. ومن ابن عرفة: ويسوغ له اتخاذ من يقوم بين يديه لصرف أمره ونهيه وكف أذى الناس عنه وعن بعضهم عن بعض، ولا يتخذ لذلك إلا ثقة مأموناً **(وبدأ بمحبوس ثم وصي ومال طفل ومقدم ثم ضال**

وَنَادَى بِمَنْعِ مُعَامَلَةِ يَتِيمٍ وَسَفِيهٍ، وَرَفْعِ أَمْرِهِمَا إِلَيْهِ؛ ثُمَّ فِي الْخُصُومِ وَرَتَّبَ كَاتِباً عَدْلاً شَرْطاً:

بحيثية ولاية القضاء أو الشورى فيما يعرض من الولايات الشرعية أن يسمع ما يذكر في بعض أبناء الزمان ممن يعتبر قوله وحده أو مع غيره بنية البناء عليه أحكام التعديل والتجريح لا بنية التفكه وليس ذلك من سماع الغيبة، ومنع ذلك يوجب تعطيل الأحكام أو تولية من لا تحل توليته، ولولا هذا ما صح ثبوت تجريح في راوٍ ولا شاهد ولا غيره. انتهى. ص: **(ونادى بمنع معاملة يتيم الخ)** ش: حقه أن يذكر مع قوله «ثم وصى وما معه» وكذا ذكره ابن فرحون وأبو الحسن وغيرهما. قال في التبصرة لابن فرحون.

التنبيه: وهذا النداء في حق السفيه إنما يكون على مذهب من يرى أن أفعال السفيه جائزة ما لم يول عليه أو يضرب على يديه وهو مروي عن مالك وعليه أكثر أصحابه، وأما على مذهب من يرى أن أفعاله مردودة وهو قول ابن القاسم ومطرف فلا يحتاج إليه انتهى. ص: **(ورتب كاتباً عدلاً شرطاً)** ش: اعلم أن ترتيبه للكاتب وللمزكي والمترجم على جهة الأولوية. هذا ظاهر عباراتهم فإن أبا الحسن الصغير والقرافي جعلاه من أداب القضاء. وقوله «عدلاً» قال ابن فرحون: ذكر بعضهم في صفاته أربعة: العدل والعقل والرأي والعفة. وقوله «شرطاً» كذا في بعض النسخ وفي بعضها «مرضياً» وهي الأولى لأن العدالة ليست شرطاً. قال ابن فرحون في تبصرته: قال ابن شاس: ولا تشترط العدالة في الكاتب ولعله يريد أن القاضي يقف على ما يكتب انتهى. إلا أني لم أر في الجواهر ما عزاه لابن شاس. قال ابن عبد السلام: وظاهر نصوصهم أنه لا يستعين مع القدرة إلا بالعدول، فإن لم يجدهم جاز الاستعانة بغيرهم ثم قال: وقول ابن القاسم في المدونة ولا يستكتب القاضي أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين ولا يتخذ قاسماً من أهل الذمة ولا عبداً ولا مكاتباً ولا يستكتب من المسلمين إلا العدول المرضيين، فلعل هذا مع الاختيار انتهى. وقال أبو الحسن إثر كلام المدونة: هذا إذا وجد وإلا الأمثل فالأمثل انتهى. وقال في التوضيح: ظاهر ما حكاه المتيطي عن ابن المواز أن عدالة الكاتب من باب الأولى لكن قال اللخمي: لا يبعد حمل قول محمد على الوجوب انتهى. هذا كلامه فتأمله. وأما نظر القاضي فيما يكتبه فنقل في التوضيح عن المازري ما نصه: إن كان غير ثقة فلا

ونادى بمنع معاملة يتيم وسفيه ورفع أمرهما ثم في الخصوم) انظر قوله «ومقدم» والذي للمازري قال أهل العلم: ينبغي أن يبدأ القاضي بالنظر في المحبوسين ليعلم من يجب إخراجه ومن لا يجب، لأن ذلك أشد من الضرر في الأموال. ثم ينظر في الأوصياء ثم في مال اليتيم لكون من تكون له مطالبة عليهم قد لا يعرب عن نفسه، ثم اللقيط والضوال، ثم بين الخصوم. وقال المتيطي وغيره: أول ما يبدأ به القاضي النداء عن إذنه أنه حجر على كل يتيم لا ولي له وعلى كل سفيه مستوجب للولاية عليه، وإن من علم منكم أحداً من هذين فليرفعه لنا لنولي عليه، ومن باع منهما بعد النداء فهو مردود **(ورتب كاتباً عدلاً شرطاً)** من المدونة: لا يتخذ القاضي كاتباً من أهل الذمة ولا قاسماً ولا يتخذ في

....

بد من إطلاع القاضي على ما يكتبه فيجلس قريباً منه بحيث يشاهد ما يكتبه عنه، وإن كان عدلاً فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب، وقد رجح بعض أشياخي وجوب ذلك على القاضي إذا كان عدلاً لأنه إذا شاهد ما يكتب أشهد على نفسه بأمر تيقنه، وإذا عول على الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع القدرة على المحقق. انتهى كلام التوضيح. فظاهر قول المازري «فالمذهب أنه مأمور» أي على جهة الاستحباب لقوله، ورجح بعض أشياخي وجوب ذلك وكذا في ابن عبد السلام إن كان غير عدل فلا بد من نظره، وإن كان عدلاً نظر أيضاً. وظاهر كلام المتقدمين أن ذلك على الاستحباب، وتردد بعض الشيوخ في ذلك ومال إلى الوجوب. انتهى كلام ابن عبد السلام. ووظيفة الكاتب أن يكتب ما وقع في مجلسه من الخصوم.

مسألة: قال في المسائل الملقوطة. وللحاكم إذا وجد عقد الوثيقة خطأً أن يقطعه ويؤدب الكاتب على ذلك. انتهى من فوائد الشيخ جمال الدين الأقفهسي. انتهى كلام المسائل الملقوطة.

فائدة: ما يكتب فيه يسمى القمطر. قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: والقِمَطْر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء ثم الراء المهملتين الزمام الذي يكتب فيه التذكار، وقد يسمى زمام القاضي. انتهى والله أعلم. ص: (كمزك) ش: أي وكذا يرتب مزكياً عدلاً ولا كلام في اشتراط العدالة هنا. وقول ابن غازي رحمه الله أي في كونه عدلاً رضاً فهو كقول الرسالة «ولا يقبل في التزكية إلا من يقول عدل رضا». أول كلامه واضح وآخر كلامه بعيد من لفظ المؤلف ومن أول كلامه هو فتأمله. وقال البساطي: فإن قلت: إن حملت كلامه في المكاتب والمزكى على الجنس حتى يدخل فيه العدد خلاف الأكثر في اشتراط العدد في

شيء من أمور المسلمين إلا المسلمين العدول. (كمزك) ابن بطال: الشأن عندنا أن يتخذ القاضي رجلاً رضاً مجمعاً على أنه رجل عدل يسأل عن الشهود ولا يشهد القاضي هذا السائل. سحنون: ليس كل من تجوز شهادته نحو تزكيته، ولا يجوز في التزكية إلا المبرز النافذ الفطن الذي لا يخدع (واختارهما) تقدم قول ابن بطال: يتخذ رجلاً مجمعاً عليه. وقال المتيطي: لا يستكتب القاضي إلا أهل العدالة والرضا. والمترجم مخبر كالمحلف فسمع القرينان: إن احتكم للقاضي خصوم يتكلمون بغير العربية ولا يفقه كلامهم ينبغي أن يترجم عنهم رجل ثقة مأمون مسلم واثنان أحب إلي ويجزىء الواحد، ولا تقبل ترجمة كافر ولا عبد ولا مسخوط، ولا بأس بترجمة المرأة إن كانت من أهل العفاف والحق مما يقبل فيه شهادة النساء وامرأتان والرجل أحب إليّ لأن هذا موضع شهادات. ابن رشد: هذا كما قال، لأن كل ما يبتدىء القاضي فيه بالبحث والسؤال كقياسات الجراحات والنظر للعيوب والاستخلاف والقسم واستنكاه من ينكر سكره وشبه ذلك من الأمر يجوز فيه الواحد. قاله في المدونة في الذي

كَمُزَكٍّ، وَٱخْتَارَهُمَا وَالْمُتَرْجِمُ: مُخْبِرٌ: كَالمُحلِّفِ، وَأَحْضَرَ العُلَمَاءَ، أَوْ شَاوَرَهُمْ؛

الكاتب فإن الأكثر على أنه يكفي الواحد، وإن حملت كلامه على الإفراد خالفت الأكثر في المزكي فإنه لا بد من العدد عندهم فيه انتهى. قلت: يحمل كلامه على الأول والجنس يحتمل الإفراد كما يحتمل غيره ويلزمه الإيهام وهو قريب انتهى. وحمله على هذا عبارة ابن شاس لأن فيها: ويشترط العدد في المزكي والمترجم دون الكاتب. وفي التوضيح في قول ابن الحاجب: واختار الكاتب والمزكي. قوله «والمزكي» ظاهره الاكتفاء بالواحد. أشهب: ينبغي للقاضي أن يتخذ رجلاً صالحاً مأموناً منتبهاً أو رجلين بهذه الصفة يسألان له عن الناس إلى آخر كلام أشهب. ثم قال ابن الماجشون: وكلما يبتدىء القاضي السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد ما لم يبتدئه هو وإنما يبتدأ به في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه، ثم ذكر كلام الجواهر انتهى، فصدر بما تقدم. وقال الشيخ أبو الحسن في التقييد الكبير في أول كتاب القضاء ابن رشد: وتعديل السر يفترق من تعديل العلانية من وجهين: أحدهما لا أعذار في تعديل السر، والثاني أنه يجتزىء فيه بالواحد وإن كان الاختيار الاثنين بخلاف تعديل العلانية في الوجهين لا يجوز فيه إلا شاهدان، ويلزم الأعذار فيه إلى المشهود عليه. هذا معنى ما في المدونة صح من البيان. انتهى كلام الشيخ أبي الحسن. فإذا حمل كلام المصنف على هذا فلا يرد ما قاله أصلاً فتأمله والله الموفق. ص: **(والمترجم مخبر)** ش: فيقبل الواحد والاثنان أحسن. انظر قواعد القرافي في أول فرق منها فإنه ذكر فيه الفرق بين الشهادة والخبر فتأمله والله أعلم. وقال في العمدة: وإذا لم يعرف لغة الخصم فإن كان الحكم لا يتضمن ما لو لم يقبل في الترجمة إلا الرجال والمذهب أنه لا يجزىء واحد، وإن تضمن مالاً فهل يقبل رجل وامرأتان؟ قولان انتهى والله أعلم. ص: **(وأحضر العلماء وشاورهم)** ش: عطف رحمه الله أحد

يحلف المرأة أنه يجوز فيه رسول واحد، ولا خلاف فيه ولا خيار في ذلك عدلان ويجزىء فيه العدل الواحد. وقوله «لا تقبل ترجمة عبد ولا مسخوط ولا كافر» معناه مع وجود المسلمين، ولو اضطر إلى ترجمة كافر أو مسخوط لقبل فعله وحكم به كما يحكم بقول الطبيب النصراني وغير العدل فيما اضطر فيه لقوله من جهة معرفته بالطب. وسمع القرينان: أترى المسألة عن الشهود سراً؟ قال: نعم ولا سبيل إلا للعدول. ابن رشد: المسألة عندهم سواء هو تعديل السر وتفترق من العلانية في أنه لا إعذار في السر وفي أنه يجزىء فيه الشاهد الواحد بخلاف العلانية في الوجهين **(والمترجم مخبر عن المحلف وأحضر العلماء وشاورهم)** المتيطي: ينبغي للقاضي أن يشاور فيما ينزل به من المسائل من أهل الفقه من تجب مشاورته ويثق به في علمه ودينه ونظره وفهمه ومعرفته بأحكام من مضى وآثارهم، وقد شاور عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم. قال مالك: كان عثمان رضي الله عنه إذا جلس للقضاء أحضر أربعة من الصحابة ثم استشارهم، فإذا رأوا ما رآه أمضاه وقال: هؤلاء قضوا لست أنا قضيت. وقال

القولين على الآخر، فإن أشهب ومحمداً يقولان يحضرهم، ومطرف وابن الماجشون يقولان لا ينبغي أن يحضرهم ولكن يشاورهم. كذا قال ابن الحاجب. فقال في التوضيح: قيد اللخمي قول مطرف وابن الماجشون أن يكون مقلداً فلا يسعه القضاء إلا بمحضرهم. قال المازري: وقول مطرف وغيره إنما هو إذا كان فكر القاضي في حال حضورهم كحاله في عدم حضورهم، وأما لو كان حضورهم يكسبه حجراً حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه فإنه يرتفع الخلاف. وكذلك إذا كان القاضي من البلادة على حال لا يمكنه ضبط قول الخصمين ويتصور مقاصدهما حتى يستفتي عنه فإنه يرتفع أيضاً الخلاف ولا يختلف في وجوب حضورهم انتهى. وقال في تبصرة ابن فرحون.

تنبيه: إطلاقهم المشاورة ظاهره عالماً كان بالحكم أو جاهلاً. وفي الطرر لابن عات: لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه إذا كان جاهلاً لا يميز الحق من الباطل، لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل لم يعلم أحكم بحق أم بباطل. ولا يجوز له أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق، ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليداً حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه انتهى. وهذا الأخير والله أعلم في المجتهد. وفي التبصرة أيضاً قال المازري في شرح التلقين: القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالماً لأن ما ذكر فيه الفقهاء وبحثوا فيه تثق به النفس ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه، ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه يقتضي أصول المذهب انتهى. وفي التوضيح: قال ابن عطية في تفسيره: ومن لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب هذا مما لا خلاف فيه انتهى، ونقله القرطبي في تفسير سورة آل عمران. وفي ابن عبد السلام: وبالجملة فإن أحوال الخلفاء دلت على اتفاقهم على المشاورة لا سيما في المشكلات؟ انتهى.

محمد: لا يدع القاضي مشورة أهل العلم عندما يتوجه للحكم ولا يجلس للقضاء إلا بحضرة العدل، وليحفظوا إقرار الخصوم خوف رجوع بعضهم عما يقر به، وإن كان ممن يقضي بعلمه، فإن كان أخذه بما لا خلاف فيه أحسن له. واختلف في جلوس أهل العلم معه فقال ابن المواز: لا أحب أن يقضي إلا بحضرة أهل العلم ومشاورتهم. وقاله أشهب إلا أن يخاف الحصر من جلوسهم عنده. وقال سحنون: لا ينبغي أن يكون معه في مجلسه من يشغله عن النظر، كانوا أهل فقه أو غيرهم، فإن ذلك يدخل عليه الحصر. وقاله مطرف وابن الماجشون قالا: ولكن إذا ارتفع من مجلس القضاء شاوره وعرف عياض بابن أبي طالب وذكر دينه وعلمه قال: وكان يكتب على أحكامه: حكمت بقول ابن القاسم، حكمت بقول أشهب ويقول: في البلد علماء وفقهاء اذهب إليهم، فما أنكروا عليك فارجع إلي وكان يكتب القضية ويقول لصاحبها اذهب وطف بها على كل من له علم بالقرآن ثم ارجع إلي بما يقولون لك. وكان إذا أشكل عليه أمر وقف وقال: لأن يسألني الله عما وقفت أيسر على من أن يسألني لم

....

تنبيه: قول المؤلف «وأحضر العلماء أو شاورهم» هل على الوجوب أو على الاستحباب؟ ظاهر قوله في التوضيح ولا يختلف في وجوب حضورهم، وما نقله عن ابن عطية وظاهر ما تقدم للمازري أن حضورهم واجب. وكذا ابن فرحون في تبصرته فإنه عده في الأمور التي تلزم القاضي في سيرته في الأحكام، واللزوم إنما يستعمل في الوجوب. وظاهر قول ابن الحاجب «ولا ينبغي للقاضي أن يثق برأيه ويترك المشاورة» أن المشاورة مستحبة أو أولى فتأمله، فإني لم أر نصاً يشفي الغليل.

فرع: قال سحنون: لا يستشير من شهد عنده فيما شهد فيه حكاه ابن يونس. وقال غير سحنون: لا بأس بذلك. حكاه ابن رشد. انتهى مختصراً من التبصرة. واقتصر في التوضيح على قول سحنون.

فرع: قال في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية: رأيت مالكاً كتب إلى عامل في قضاء كان أمضاه عاملان قبله فينظر فيه، فجاء رجل يستعين بالكتب إليه فيه فكتب إليه: إن كان من قبلك أمضاه بحق فأنفذه لصاحبه. ابن رشد: هذا يدل على أن للفقيه المقبول القول أن يكتب للحاكم بالفتوى ويعلمهم ما يصنع وإن لم يسأله الحاكم. وهذا في غير القضاة، وأما القضاة فلا ينبغي أن يكتب إليهم بما يفعلون إلا أن يسألوه لأن ذلك قد يؤدي إلى أنفة تؤذي. انتهى.

مسألة: إذا دعا القاضي العدول إلى قضية ينظرون فيها من فرض نفقة أو إقامة حدود ونحوه وجب عليهم. انظر البرزلي في مسائل القضاء. ص: (وشهوداً) ش: قال في التوضيح: وإذا كان المشهور أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان فيكون إحضار الشهود واجباً وإلا فلا فائدة في جلوسه انتهى. وفي المدونة: ولو أقر أحد الخصمين عنده بشيء وليس عنده أحد ثم يعود إليه المقر فيجحد ذلك الإقرار فإنه لا يقضى عليه به إلا ببينة سواه، فإن لم يكن عنده بينة شهد هو بذلك إلى من فوقه انتهى. وقال في النوادر: ومن المجموعة قال مالك وابن القاسم وأشهب: الإقرار عند القاضي في سلطانه وقبل سلطانه سواء، وكذلك في إقرار الخصمين عنده لا يحكم بشيء من ذلك. قال أشهب: ولا بما وجد في ديوانه مكتوباً من إقرار الخصم عنده فإن قامت على ذلك بينة أنفذها، فإن لم

جسرت. (وشهود) الجلاب واللخمي: ينبغي للقاضي أن لا يحكم إلا بحضرة الشهود ليحكم بشهادتهم لا بعلمه. وقال أبو عمر: إذا جحد المقر إقراره الذي أقر به في مجلس الحكم ولم تحضره بينة تشهد عليه بالإقرار. قال جمهور فقهاء الشافعية وغيرهم: يجب القضاء عليه بموجب إقراره. واستحب مالك أن يحضره شاهدان ولا يعذر فيهما. وظاهر هذا أن له أن يحكم وإن لم تشهد على إقراره بينة. ومن المدونة: إذا أقر الخصم عنده وليس عنده بينة ثم عاد فجحده لا يقضى عليه إلا ببينة

وَشُهُوداً؛ وَلَمْ يُفْتِ فِي خُصُومَةٍ،

يكن إلا هو وكاتبه شهدا بذلك عند من هو فوقه فأجازه، وإن كان وحده قضى بشهادته مع يمين الطالب انتهى. ومقابل المشهور أنه إذا سمع إقرار الخصم حكم عليه بما سمع منه وإن لم يحضره شاهدان، وهو قول ابن الماجشون. قال في النوادر إثر كلامه المتقدم: أما ما أقر به الخصوم عنده في خصومتهم فليقض به. وقاله سحنون، وهو أحب إلي من قول ابن القاسم وأشهب. ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبداً يشهدان على الناس انتهى. وقال في التوضيح قبل كلامه المتقدم: مذهب مالك وابن القاسم أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما إليه. وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ وسحنون إلى أنه يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك. ابن الماجشون: والذي عليه قضاة المدينة ولا أعلم مالكاً قال غيره، أنه يقضي بما سمع منه وأقر به عنده وكأنهم رأوا أن الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما أقرا به ولذلك قعدا والأول المشهور. انتهى.

تنبيه: قولهم «رفع إلى من فوقه» قال أبو الحسن في أواخر كتاب الأقضية مسألة: إذا رأى القاضي حداً رفع إلى فوقه وهل يرفع إلى من دونه قولان. قال عياض: مذهب الكتاب أن أحداً لا يرفع إلى من دونه وتحت يده إلا السلطان الأعظم للضرورة إلى ذلك. وقال في السلطان الأعظم: لا يرفع إلى من دونه ويكون هدراً. انتهى مختصراً. وفي النوادر في ترجمة القاضي: يحكم لنفسه أو لولده وقد يحكم للخليفة وهو فوقه وهو يتهم فيه لتوليته إياه وحكمه له جائز انتهى. ونقل الخلاف في الذخيرة. ص: **(ولم يفت في خصومة)** ش: انظر هل على الكراهة أو على المنع. قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: ولا يفتي الحاكم في الخصومات. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة، يريد أنه يجوز له الفتيا فيما

سواه وإلا شهد عليه بذلك عند من فوقه **(ولم يفت في خصومة)** ابن شاس: لا يجيب الحاكم من سأله فيما يتعلق بالخصومات، واختار ابن عبد الحكم أنه لا بأس أن يجيب بالفتيا في كل ما سئل عنه لما عنده فيه علم، واحتج بأن الخلفاء الأربعة كانوا يفتون الناس في نوازلهم ابن عرفة: عزا ابن المناصف الأول إلى مالك والبرزلي. وهذا إذا كانت الفتوى فيما يمكن أن تعرض بين يديه، ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يدي عماله فليجبهم عنها. ومن مسالك ابن العربي: المصلحة أن تكون الفتوى مرسلة ولا تكون الشهادة إلا لمن ولاه القاضي، لأن المفتي إذا زاغ فضحه العلم والشاهد لا يعلم زيغه إلا الله. وفي الواضحة: لا ينبغي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا وحده ولا في جماعة انتهى. انظر بالنسبة إلى المفتي. أما إن كان القضاة مولين بالجاه لا بالمرجحات الشرعية ففتيا المفتي حينئذ من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وفي نوازل البرزلي: وليس عليه أن يعلق الحكم بثبوت ما سئل عنه لحديث هند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». وهذا أيضاً مقيد بما إذا لم

وَلَمْ يَشْتَرِ بِمَجْلِسِ قَضَائِهِ:

عدا مسائل الخصام. وهل له الفتيا في مسائل الخصام؟ قولان: أحدهما ليس له ذلك لأنه من إعانة الخصوم على الفجور. والثاني إجازة فتياه في مسائل الخصام. وأما تعليم القاضي العلم وتعلمه له فجائز انتهى. فقوة عبارته تعطي أنه لا يجوز له الفتيا على القول الأول فتأمله. وعده ابن فرحون في الأمور اللازمة له في سيرته في الأحكام. وفي أوائل مسائل الأقضية من البرزلي ما نصه ابن الحاج عن ابن المنذر: يكره للقاضي الفتوى في الأحكام وكان شريح يقول: أنا أقضي ولا أفتي.

قلت: يريد إذا كانت الفتوى ممن يمكن أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يد عماله فليجبهم عنها. ثم ذكر كلام ابن الحاجب. وذكر عن ابن المناصف أنه ذكر القولين ثم قال: الكلام الأول النهي فيه عن فتوى القاضي في الخصومات لأحد الخصمين، والثاني فتواه في جملة الأشياء لا في خصومة بعينها. انتهى. ص: **(ولم يشتر بمجلس قضائه)** ش: مفهوم قوله «مجلس قضائه» أنه لا ينهى عنه في غير مجلس قضائه، وهو الذي حصله في التوضيح إلا أنه ينبغي له التنزه عنه مطلقاً. وانظر قول المؤلف «ولم يشتر» هل على المنع أو على الكراهة؟ قال في التوضيح في قول ابن الحاجب: ولا يشتري بنفسه ولا بوكيل معروف، ظاهره في مجلس قضائه وفي غيره. ونحوه ذكره ابن شاس ومعناه عن محمد بن عبد الحكم. ابن عبد السلام: ولا تبعد صحته إلا أن المازري وغيره ذكروا عن المذهب ما يدل على جواز بيعه ابتداء. وحكى المازري عن الشافعي مثل ما حكاه المؤلف هنا انتهى. أي لأن المازري نقل عن أصحاب مالك أنهم أجازوا للقاضي الشراء إذا لم يكن في مجلس قضائه، ولم يجوزوا له ذلك في مجلس قضائه لما فيه من شغل باله. مطرف وابن

تتضمن الفتوى تعليم خصومة. انظر بعد هذا عند قوله «وللحاكم تنبيهه عليه». وفي نوازل البرزلي عن ابن علوان مفتي تونس أنه أتته امرأة تزوجها أندلسي وأساء عشرتها وعسر عليها التخلص منه فقال لها: ادّعي عليه أن بداخل دبره برصاً، فادّعت ذلك عليه فحكم عليه بأن ينظر إلى ذلك المحل، فلما رأى ذلك الزوج طلقها، ونحو هذا وقع له في وصية على أولادها ثبت أنها سفيهة فقال لها: قولي لهم أتلفت ما أتلفت في سفهي فسرحها القاضي. قال البرزلي: وهذا التحيل إن كان ثبت عنده أنها مظلومة فالفتوى سائغة من قبيل الإنقاذ من الظلم وإلا فهو من باب تلقين الخصم القادح في العدالة. **(ولم يشتر بمجلس قضائه)** قال مطرف وابن الماجشون: لا يشتغل في مجلس قضائه ببيع ولا بابتياع لنفسه. أشهب: ولا لغيره إلا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه. سحنون: وتركه أفضل، وما باع وابتاع في مجلس قضائه لا يرد منه شيء إلا أن يكون فيه إكراه أو هضيمة، وقال أشهب: إذا اشترى الإمام العدل من أحد شيئاً أو باع ثم عزل أو مات إن البائع أو المشتري منه مخير في الأخذ منه أو

كَسَلَفٍ وَقِرَاضٍ، وَإِبْضَاعٍ، وَحُضُورِ وَلِيمَةٍ، إِلاَّ لِنِكَاحٍ،

الماجشون: ولا يشتغل في مجلس قضائه بالبيع والابتياع لنفسه. أشهب: أو لغيره على وجه العناية منه إلا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه. سحنون: وتركه أفضل قال: ولا بأس بذلك في غير مجلس قضائه فنافذ إلا أن يكون أكره غيره أو هضمه فليس هذا بعدل وهو مردود، كان في مجلس قضائه أو غيره. والذي ذكره المازري هو الذي في النوادر وغيرها. مطرف وابن الماجشون: ويتنزه عن المبايعة في غير مجلس قضائه. انتهى كلام التوضيح. وفي ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب بعد هذه المسألة «ويتورع عن العارية إلى آخره» قد يقال: تغيير المؤلف العبارة بين هذه المسألة والتي فوقها يؤذن بأن المنع في الأولى أشد منه في هذه لأنه أطلق المنع في الأولى وجعله في هذه من باب الورع، فيقال العكس أولى. فكلام التوضيح يؤذن بالمنع على التحريم، وأما كلام ابن عبد السلام فلا دلالة فيه على أن المنع على التحريم لأنه أطلق المنع على المسألة الثانية مع أنه لا شك أنه على سبيل التورع. وفي تبصرة ابن فرحون: من الأمور التي تلزم القاضي أنه يكره له البيع والابتياع بمجلس حكمه وبداره ولا يرد منه شيء إلا أن يكون على وجه الإكراه أو فيه نقيصة على البائع فيرد البيع والابتياع، كان بمجلس قضائه أو غيره. قال أشهب: إن عزل والبائع والمبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد فلا حجة له والبيع ماض، ولا ينبغي أن يكون له وكيل معروف على البيع والشراء لأنه يفعل مع وكيله من المسامحة ما يفعل معه انتهى. فصرَّح رحمه الله بالكراهة وأن حكم البيع والابتياع واحد وهو الظاهر، وينبغي أن ينظر فيه مع ما في التوضيح ويرد أحدهما للآخر والله أعلم. ص: **(كسلف وقراض وإبضاع وحضور وليمة إلا لنكاح)** ش: تصوره واضح ولا شك أن النهي عن هذه على سبيل التورع. قال ابن الحاجب: ويتنزه عن العارية والسلف والقراض والإبضاع. وقال ابن فرحون في الأمور التي تلزم القاضي منها: أن يتجنب العارية والسلف والقراض والإبضاع إلا أن يكون لا يجد بدّاً من ذلك فهو خفيف إلا من عند الخصوم أو ممن هو في جهتهم فلا يفعل انتهى. وقوله «إلا لنكاح» قال في التوضيح: ثم إن شاء أكل أو ترك. قال في التبصرة: والأولى له اليوم ترك الأكل انتهى.

الترك. وكتب عمر بن عبد العزيز: تجارة الولاة لهم مفسدة وللرعية مهلكة. ابن عرفة: وظاهر أقوال المذهب وروايته جواز شرائه وبيعه في غير مجلس قضائه، وما ذكره ابن شاس لا أعرفه لغيره **(كسلف وقراض وإبضاع)** المتيطي: ينبغي للقاضي أن يتنزه عن العواري وطلب الحوائج من ماعون أو دابة أو غير ذلك وعن السلف أو يقارض أو يبضع إلا ما يجد منه بداً، فإن واقع شيئاً من ذلك فخفيف إلا أن يكون عند من يخاصم عنده فلا يفعل **(وحضور وليمة إلا لنكاح)** المتيطي: لا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعيادة المرضى وتسليمه على أهل المجلس ورده على من سلم، ولا ينبغي له إلا ذلك، ولا

وَقَبُولِ هَدِيَّةٍ وَلَوْ كَافَأَ عَلَيْهَا، إِلاَّ مِنْ قَرِيبٍ، وَهَدِيَّةٍ مَنِ اعْتَادَهَا قَبْلَ الْوِلاَيَةِ، وَكَرَاهَةِ حُكْمِهِ فِي مَشْيِهِ، أَوْ مُتَّكِئاً، وَإِلْزَامِ يَهُودِيٍّ حُكْماً بِسَبْتِهِ، وَتَحْدِيثِهِ بِمَجْلِسِهِ لِضَجَرٍ، وَدَوَامِ الرِّضَا فِي التَّحْكِيمِ لِلْحُكْمِ قَوْلاَنِ،

فرعان: الأول: في التوضيح: كره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم. الثاني: ولا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعيادة المرضى وتسليمه على أهل المجالس وردّه على من سلم عليه لا ينبغي إلا ذلك انتهى. ص: **(وقبول هدية ولو كافأ عليها إلا من قريب)** ش: قال في التوضيح: ظاهر قول ابن الحاجب المنع وعليه ينبغي أن يحمل قول ابن حبيب لم يختلف العلماء في كراهة قبول الإمام الأكبر وقضاته وجباته الهدايا قال: وهو مذهب مالك وأهل السنة انتهى. ويمنع من قبول الهدية سواء كانت في حال الخصام أو قبله. قاله ابن الحاجب. وقوله «إلا من قريب» يريد الخاص من الولد والوالد والخالة والعمة وبنت الأخت. قاله ابن فرحون ونحوه في التوضيح.

فروع: الأول: قال ابن فرحون في تبصرته: قال المازري: أما الارتزاق من بيت المال فإن من تعين عليه القضاء وهو غني عن الارتزاق فإنه ينهى عن أخذ العوض على القضاء لأن ذلك أبلغ في المهابة وأدعى للنفوس على اعتقاد التعظيم والجلالة، وإن كان القضاء لم يتعين عليه وهو محتاج إلى طلب الرزق من بيت المال ساغ له أخذ ذلك.

الثاني: قال في معين الحكام: قال أصبغ: ولا ينبغي له أن يأخذ رزقه إلا من الخمس والجزية وعشور أهل الذمّة. انتهى من ابن فرحون. وقال ابن رشد في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات: وأما القضاة والحكام والأجناد فلهم أن يأخذوا أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم أعني العمال الذين فوّض إليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك من إعطاء مال الله لمن يرونه بوجه اجتهادهم. وأطال الكلام في ذلك فراجعه وسيأتي من كلامه في باب الشهادات عند قول المصنف «ولا إن أخذ من العمال» والله أعلم.

يجيب إلى صنيع إلا في الوليمة، قاله مطرف وابن الماجشون. وقال أشهب: لا بأس أن يجيب الدعوة العامة كانت لوليمة أو صنيع عام من الفرح، فأما لغير فرح فلا، وكأنه هو المدعو خاصة وغيره وسيلة له **(وقبول هدية ولو كافأ عليها إلا من قريب)** المتيطي: لا ينبغي للقاضي أن يقبل الهدية من أحد ولا ممن كانت عادته بذلك قبل الولاية ولا من قريب ولا من صديق ولا من غيرهم وإن كافأ عليها بأضعافها إلا مثل الوالد والولد وأشباههم من خاصة القرابة التي تجمع من حرمة الخاصة ما هو أكثر من حرمة الهدية. قال ربيعة: إياك والهدية فإنها ذريعة الرشوة **(وفي هدية من اعتادها قبل الولاية وكراهة حكمه في مشيه أو متكئاً وإلزام يهودي حكماً بسبته وتحديثه بمجلسه لضجر ودوام الرضا في التحكيم للحكم قولان)** أما مسألة هدية من اعتادها فقال ابن عبد الحكم: لا بأس أن يقبل الهدية من

....

الثالث: قال في التوضيح: قال ابن حبيب: ويأخذ الإمام من قضاته وعماله ما وجده في أيديهم زائداً على ما ارتزقوه من بيت المال، ويحصي ما عند القاضي حين ولايته ويأخذ ما اكتسبه زائداً على رزقه وقدر أن هذا المكتسب إنما اكتسبه بجاه القضاء. وتأول أن مقاسمة عمر رضي الله عنه ومشاطرته لعماله كأبي موسى وأبي هريرة وغيرهما إنما فعل ذلك لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبوه من القضاء والعمالة انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة. ونصه ابن حبيب: للإمام أخذ ما أفاده العمال ويضمه إلى ما جبوه قال: وكلما أفاده الوالي من مال سوى رزقه في عمله أو قاضٍ في قضائه أو متولٍ أمر المسلمين فللإمام أخذه للمسلمين، وكان عمر إذا ولى أحداً أحصى مالَه لينظر ما يزيد، ولذا أشاطر العمال أموالهم حيث كثرت وعجز عن تمييز ما زادوه بعد الولاية. قاله مالك. وشاطر أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما انتهى. ونقله في الذخيرة ثم قال إثره: تمهيد: الزائد قد يكون من التجارة والزراعة لا من الهدية ولا تظن الهدايا بأبي هريرة وغيره من الصحابة إلا ما لا يقتضي أخذاً، ومع ذلك فالتشطير حسن لأن التجارة لا بدّ أن ينميها جاه العمل فيصير جاه المسلمين كالعامل والقاضي وغيره رب المال فأعطى العامل النصف عدلاً بين الفريقين، ولذلك لما انتفع عبد الله وعبيد الله بالمال الذي أخذاه من الكوفة سلفاً في القصة المشهورة قال عبد الرحمٰن بن عوف لعمر رضي الله عنهما: اجعله قراضاً يا أمير المؤمنين، فجعله قراضاً، ولولا هذه القاعدة كيف يصير القرض قراضاً. انتهى فتأمل ذلك. وتقدّم الكلام على قصتهما في أول باب القراض فراجعه والله أعلم.

الرابع: قال ابن فرحون: قال في معين الحكام: وكذلك الشهود لا يجوز لهم قبول الهدية من أحد الخصمين ما دامت الحكومة بينهما.

الخامس: قال ابن فرحون: قال ابن عبد الغفور: ما أهدي إلى الفقيه من غير حاجة

إخوانه الذين كان يعرف له قبولها منهم قبل أن يستقضي. وقال مطرف وابن الماجشون: لا ينبغي ذلك وقد تقدم نقل المتيطي. وأما مسألة قضائه وهو ماشٍ فقال أشهب: لا بأس به إذا لم يشغله ذلك. وقال سحنون: لا يقضي وهو ماشٍ. ونص اللخمي لا بأس أن يحكم وهو ماش، وأما حكمه وهو متكيء فقال اللخمي: لا يحكم متكئاً لأن فيه استخفافاً وللعلم حرمة. وروى محمد: لا بأس أن يقضي وهو متكيء. وعزاه الباجي لأشهب. قيل لإسماعيل القاضي: هل ألفت كتاباً في أدب القضاء؟ قال: إذا قضى القاضي بالحق فليقعد في مجلسه كيف شاء ويمد رجليه. وأما مسألة إلزام يهودي حكماً بسبته فقال المازري في تمكين المسلم من استحلاف اليهودي يوم السبت قولان: الأول للقابسي وخص بعضهم الخلاف باليهودي لأن النصراني لا يعظم يوماً. وعممه ابن عات فيهما قال: لأن يوم الأحد له كالسبت لليهودي. وأما تحديثه بمجلسه لضجر فقال اللخمي: اختلف إن دخله ضجر فقال ابن عبد الحكم: لا بأس أن يحدث جلساءه إذا مل يروح قلبه ثم يعود للحكم. وقال ابن

....

فجائز له قبوله، وما أهدي إليه رجاء العون على خصمه أو في مسألة تعرض عنده رجاء قضاء حاجته على خلاف المعمول به فلا يحل قبولها وهي رشوة يأخذها، وكذلك إذا تنازع عنده خصمان فأهديا إليه جميعاً أو أحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه في حجته أو عند حاكم إذا كان ممن يسمع منه ويوقف عنده فلا يحل له الأخذ منهما ولا من أحدهما. انتهى. وقال ابن عرفة: قال بعض المتأخرين: ما أهدي للمفتي إن كان ينشط للفتيا أهدي له أم لا فلا بأس، وإن كان إنما ينشط إذا أهدي له فلا يأخذها. وهذا ما لم تكن خصومة، والأحسن أن لا يقبل من صاحب الفتيا وهو قول ابن عيشون وكان يجعل ذلك رشوة.

قلت: قد يخف قبولها لمن كان محتاجاً ولا سيما إن كان اشتغاله بأصولها يقطعه عن التسبب ولا رزق له عليها من بيت المال، وعليه يحمل ما أخبرني به غير واحد عن الشيخ الفقيه أبي عليّ بن علوان أنه كان يقبل الهدية ويطلبها ممن يفتيه. وفي الطراز: وظاهره لابن عيشون ومن هذا انقطاع الرغبة للعلماء والمتعلقين بالسلطنة لدفع الظلم عنهم فيما يهدونه لهم ويخدمونهم هو باب من أبواب الرشوة، لأن دفع الظلم واجب على كل من قدر على دفعه عن أخيه المسلم وعن الذمي. انتهى.

السادس: قال القرافي في آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة.

فرع: قال بعض العلماء: إذا عجزت عن إقامة الحجة الشرعية فإن استعنت على ذلك بوال يحكم بغير الحجة الشرعية أثم دونك إن كان الحق جارية يستباح فرجها، بل يجب ذلك عليك لأن مفسدة الوالي أخف من مفسدة الزنا والغصب، وكذلك الزوجة، وكذلك استعانتك بالأجناد يأثمون ولا تأثم، وكذلك في غصب الدابة وغيرها. وحجة ذلك لأن الصادر من المعين عصيان لا مفسدة فيه، والجحد والغصب عصيان مفسدة، وقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة أنها مفسدة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير، فإن أخذ الكفار لما لنا حرام عليهم وفيه مفسدة إضاعة المال، فما لا مفسدة فيه أولى أن يجوز. فإن كان الحق يسيراً نحو كسرة أو تمرة حرمت الاستعانة على تحصيله بغير حجة شرعية لأن الحكم بغير ما أمر الله أمر عظيم لا يباح باليسير. انتهى كلامه بلفظه ولم يذكر غيره. فتوجيهه إياه واقتصاره عليه يقتضي أنه ارتضاه والله أعلم.

السابع: قال ابن فرحون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان الظلم محققاً انتهى. وقال ابن عرفة إثر نقله كلام بعضهم: ويقوم هذا من قولها: «وإن طلب السلابة طعاماً أو ثوباً أو شيئاً خفيفاً رأيت أن يعطوه» انتهى. وقال البرزلي: قبل مسائل الطهارة بنحو صفحة: وفي الطرر قال ابن عيشون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان محقاً. وقال قبله: قال أبو بكر بن أويس: يحرم على القاضي أخذ الرشوة في

يَحْكُمْ مَعَ مَا يُدْهِشُ عَنِ الفِكْرِ، وَمَضَى، وَعَزَّرَ شَاهِدَ زُورٍ فِي المَلإِ بِنِدَاءٍ، وَلاَ يَحْلِقُ رَأْسَهُ، أَوْ لِحْيَتَهُ، وَلاَ يُسَخِّمُهُ ثُمَّ فِي قَبُولِهِ: تَرَدُّدٌ،

الأحكام يدفع بها حقاً أو يشهد بها باطلاً، وأما أن يدفع بها عن مالك فلا بأس. ابن عيشون: وإن تبين له الحق فيمتنع من إنفاذه رجاء أن يعطيه صاحبه شيئاً ثم ينفذه له فإن حكمه مردود غير جائز. ويتخرج على أحكام القاضي الفاسدة إذا صادف الحق هل يمضي أم لا. انتهى ص: **(ولا يحكم مع ما يدهش عن الفكر ومضى)** ش: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: كالغضب والهم والجوع والعطش والضجر والحنق، وكذلك إذا أخذ من الطعام فوق ما يكفيه فإن حكم وهو بحال ما ذكر مضى. انتهى. والنهي على المنع انظر أبا الحسن الصغير في أول كتاب الأقضية والبساطي والله أعلم ص: **(وعزر شاهداً بزور الملأ)** ش: قال ابن عرفة: شاهد الزور هو الشاهد بغير ما يعلم عمداً. ولو طابق الواقع كمن شهد بأن زيداً قتل عمراً وهو لا يعلم قتله إياه وقد كان قتله ولو كان لشبهة لم يكنه. وقول الباجي: «من ثبت عليه أنه شهد

حبيب: يقوم والأول أحسن. وأما مسألة الرضا في التحكيم للحكم فقال الباجي: لو حكما بينهما رجلاً فأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فقال ابن القاسم: أرى أن يقضي ويجوز حكمه. وقال سحنون: لكل واحد منهما أن يرجع. ابن عرفة: في هذه المسألة طرق والأقوال فيها أربعة، وقد تقدم عز وعبد الوهاب القول الأول لمالك. **(ولا يحكم مع ما يدهش عن الفكر)** ابن عرفة: لا يجلس للقضاء وهو على صفة يخاف بها أن لا يأتي بالقضية صواباً وإن نزل به في قضائه ترك كالغضب والضجر والهم والجوع والعطش والحقن، وإن أخذ من الطعام فوق ما يكفيه لم يجلس. ابن عرفة: يريد إن أدخل عليه تغيراً قال: وأصل ذلك قوله ﷺ «لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان»[1] ابن عرفة: اتفق العلماء على إناطة الحكم بأعم من الغضب وهو الأمر الشاغل وإلغاء خصوص الغضب وسموا هذا الإلغاء والاعتبار بتنقيح المناط **(ومضى)** المتيطي: إن حكم وهو غضبان جاز حكمه خلافاً للداودي، وفرق ابن حبيب بين الغضب الكثير واليسير **(وعزر شاهد الزور في الملأ بنداء ولا يحلق رأسه أو لحيته ولا يسخمه)** من المدونة قال مالك: وإذا ظهر الإمام على شاهد الزور ضربه بقدر رأيه ويطاف به في المجالس. ابن القاسم: يريد في المجلس الأعظم. ابن وهب: كتب محمد إلى عماله بالشام: إن أخذتم شاهد زور فاجلدوه أربعين وسخموا وجهه وطوفوا به حتى يعرفه الناس ويطال حبسه ويحلق رأسه. ابن عرفة: في إتيان سحنون برواية ابن وهب عن عمر ميل منه إليه. وروى مطرف: لا أرى الحلق والتسخيم **(ثم في قبوله تردد)** ابن عرفة: في قبول شهادته إن تاب. عبارة ابن رشد: ظاهر سماع أبي زيد إن عرفت منه توبة وإقبال وتزيد في الخير قبلت شهادته خلاف قوله في المدونة: ولا تجوز شهادته أبداً وإن تاب وحسنت حاله. وقيل: معنى السماع إن أتى تائباً مقراً على

---

(١) رواه مسلم في كتاب الأقضية حديث ١٦. النسائي في كتاب القضاة باب ١٨.

وَإِنْ أَدَّب التَّائِبَ: فَأَهلٌ، وَمَنْ أَسَاءَ عَلَى خَصْمِهِ أَوْ مُفْتٍ، أَوْ شَاهِدٍ، لاَ بِشَهِدْتَ بِبَاطِلٍ: كَلِخَصْمِهِ: كَذَبْتَ،

بزور فإن كان لنسيان أو غفلة فلا شيء عليه، ومن كثر ذلك منه ردت شهادته ولم يحكم بفسقه» يقتضي أن غير العامد شاهد زور، ويرد بما في استحقاقها إن شهدوا بموت رجل ثم قدم حياً فإن ذكروا عذراً كرؤيتهم إياه صريعاً في قتلى. أو قد طعن فظنوا أنه قد مات فليس شهادتهم زوراً وإلا فهم شهداء الزور اهـ. وسئلت عن رجل شهد عند القاضي أن هذه المرأة ليس لها ولي فزوجها القاضي ثم ظهر أن لها ولداً ولم يكن الشاهد علم أن لها ولداً، فهل تكون شهادته هذه شهادة زور ويقال فيه إنه شاهد زور فيكون ذلك قادحاً في شهادته، أو لا يقدح ذلك في شهادته، ولا يجوز أن ينسب إلى الزور؟ وإذا نسبه أحد إلى الزور، فهل يحرم عليه ويستحق التعزير؟ وهل يجب على الزوج أن يطلق المرأة أم لا؟ فأجبت: إذا كان الشاهد لا يعلم أن للمرأة ولداً فليس بشاهد زور ولا يقدح ذلك في شهادته بعد ذلك، ولا يجوز لأحد أن يقول إنه شاهد زور، ومن قال إنه شاهد زور فإن القاضي يزجره على ذلك بحسب ما يراه. والنكاح الذي عقده القاضي مع وجود ولد المرأة صحيح وليس بفاسد، ولا يجب على الزوج أن يطلق الزوجة. نعم لا يجوز الإقدام عليه إذا علم أن لها ولداً، فإذا وقع ونزل صح النكاح والله أعلم ص: **(كلخصمه كذبت)** ش: انظر رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه: إذا قال رجل لرجل من سراة الناس كذبت وأثمت فإنه يعزر بالسوط إذا كان في

نفسه قبل أن يظهر عليه. ومعنى ما في المدونة إن ظهر عليه. ونقل اللخمي سماع أبي زيد غير معز وكأنه المذهب. المتيطي: لم يصحب سماع أبي زيد عمل **(وإن أدب التائب فأهل)** اللخمي: اختلف في عقوبته إن أتى تائباً ولم يظهر عليه. وقال ابن القاسم: لو أدب لكان لذلك أهلاً. وقال سحنون: ولو عوقب لم يرجع أحد عن شهادته خوف العقوبة كالمرتد، يريد أنه لا يعاقب إن رجع إلى الإسلام. ولمالك في المبسوط: من سأل عن إصابة أهله في رمضان لا يعاقبه لأن رسول الله ﷺ لم يعاقبه **(ومن أساء على خصمه)** ابن حبيب عن الأخوين: إن شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضي أو أسرع عليه بغير حاجة كقوله يا ظالم يا فاجر فعليه زجره وضربه إلا ذا مروءة في فلتة منه فلا يضربه **(أو مفت أو شاهد)** أفتى ابن لبابة وابن وليد وابن غالب بأدب من قال للشهود ولأهل الفتيا تشهدون علي وتفترن علي لا أدري من أكلم منكم. وقال سحنون: إن قال الخصم لمن شهد عليه شهدت علي بزور أو بما يسألك الله عنه أو ما أنت من أهل الدين ولا من أهل العدالة، لم يمكن قائل ذلك لأهل الفضل ويؤدب المعروف بالإذاية بقدر جرمه وقدر الرجل المنتهك حرمته وقدر الشاتم في إذاية الناس، وإن كان من أهل الفضل وذلك منه فلتة تجافى عنه **(لا بشهدت علي بباطل)** ابن كنانة: إن قال شهدت علي بزور، إن عنى أنه شهد عليه بباطل لم يعاقب، وإن قصد أذاه والشهرة به نكل بقدر حال الشاهد والمشهود عليه **(كلخصمه كذبت)** ابن عبد السلام: الفقهاء لا يعدون تكذيب أحد الخصمين

وَلْيُسَوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ، وَإِنْ مُسْلِماً، وَكَافِراً. وَقُدِّمَ المُسَافِرُ وَمَا يُخْشَى فَوَاتُهُ، ثُمَّ السَّابِقُ، قَالَ: وَإِنْ بِحَقَّيْنِ بِلاَ طُولٍ، ثُمَّ أُقْرِعَ

مشاتمة لأنه بمنزلة قوله كذاب، وأما إن نازعه في شيء فقال له أنت في هذا كاذب آثم فلا يجب عليه في ذلك أدب وينهى عنه ويزجر إن كان لا يتعلق به حق فيما نازعه فيه، ويجري قول الرجل للرجل يا كذاب على التفصيل الذي في قوله يا «كلب» انتهى. ونقله في النوادر وصاحب التبصرة في الفصل الحادي عشر في التعزيرات الشرعية من القسم الثالث، وتقدم له شيء من ذلك في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم. ومسألة قول الرجل للرجل يا كلب ذكرها قبل هذه المسألة بمسألتين. وكذلك في النوادر، وكذلك في التبصرة قبل مسألة كذبت وأثمت بيسير. وفي التبصرة في هذا الفصل وفي البيان في مسألة يا كلب معنى دنيء الهيئة ورفيع القدر والله أعلم. وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح حديث الحضرمي والكندي من كتاب الأيمان في قوله: «يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ولا يتورع عن شيء» فيه أن الرجل إذا رمى خصمه حال الخصومة بجرحة أو خلة سوء بمنفعة يستخرجها في خصامه وإن كان في ذلك أذى خصمه، ولم يعاقب إذا عرف صدقه في ذلك، بخلاف لو قاله على سبيل المشاتمة والأذى المجرد وذلك إذا كان ما رماه به من نوع دعواه ولينبه بها على حال المدعى عليه لقوله الحضرمي «إنه فاجر إلى آخره» ولم ينكره النبي ﷺ ولا زجره. ولو رمى خصمه بالغصب وهو ممن لا يليق به أدب عندنا ولم تعلق به الدعوى اهـ. ونقله الأبي. ثم نقل عن القرطبي ما نصه: الجمهور على أدب من صدر منه شيء من ذلك بعموم تحريم السباب. وأجابوا عن الحديث بأن الكندي علم منه ذلك وأنه لم يقم بحقه وأنه لم يقصد إذايته، وإنما

للآخر من السباب ولو كان بصيغة كذب وغيرها من الصريح **(وليسو بين الخصمين)** ابن عرفة: روايات الأمهات واضحة في وجوب تسوية القاضي بين الخصمين في مجلسهما بين يديه والنظر إليهما والسماع منهما ورفع صوته عليهما **(وإن مسلماً مع ذمي)** المازري: لو كان الخصمان مسلماً وذمياً ففي تسويتهما في المجلس كمسلمين وجعل المسلم أرفع.

ابن عرفة: قولان لم يذكر الشيخ غير الأول معزواً لأصبغ **(وقدم المسافر وما يخشى فواته ثم السابق)** اللخمي: يقدم القاضي الخصوم الأول فالأول إلا المسافر وما يخشى فواته **(قال وإن مال بحقين بلا طول)** المازري: إذا وجب تقديم الأسبق فقال أصحاب الشافعي: إنما يقدم الأسبق في خصام واحد لا في سائر مطالبه، وهذا مما ينظر فيه إن سبق بخصمين قدم في خصومته فيهما معاً إن كان مما لا يطول ولا يضر بالجماعة الذين بعده. ابن عرفة: ظاهره أن هذا غير منصوص لأصحابنا وقد قال أصبغ: إذا قضي بين الخصمين في أمر اختصما فيه ثم أخذ في حجة أخرى في خصومة أخرى، فإن كان بين يديه غيرهما لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه إلا أن يكون شيء لا ضرر لمن حضره فلا بأس أن يسمع منهما **(ثم أقرع)** اللخمي: إن تعذر معرفة الأول من الخصوم كتب أسماءهم في

وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرِدَ وَقْتاً أَوْ يَوْماً لِلنِّسَاءِ: كَالْمُفْتِي، وَالْمُدَرِّسِ، وَأَمْرَ مُدَّعٍ تَجَرَّدَ قَوْلُهُ عَنْ مُصَدِّقٍ

قصد استخراج حقه انتهى. وقال في المدونة في كتاب القذف: ومن آذى مسلماً أدب. قال ابن ناجي: ظاهره وإن لم يحضر المؤذي فإن القاضي يؤدبه إذا كان ذلك بحضرته وهو كذلك وكون القاضي لا يحكم بعلمه فيحاكان بمجلسه إنما هو في الأموال وأما هذا فيحكم انتهى. **ص: (وإن بيقين) ش:** قال ابن عرفة بعد ذكره ما عزاه المؤلف للمازري.

قلت: ظاهره أن هذا غير منصوص لأصحابنا، وفي النوادر لأصبغ: إذا قضى بين الخصمين في أمر اختصما فيه ثم أخذا في حجة أخرى، فإن كان بين يديه غيرهما لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه إلا أن يكون شيء لا ضرر فيه لمن حضره فلا بأس ان يسمع منهما. انتهى **ص: (وينبغي أن يفرد وقتاً أو يوماً للنساء) ش:** قال القرطبي في شرح قوله عليه الصلاة والسلام للنساء «اجتمعن يوم كذا» يدل على أن الإمام ينبغي له أن يعلم النساء ما يحتجن إليه من أمر أديانهن وأن يخصهن بيوم مخصوص لذلك لكن في المسجد أو ما كان في معناه لتؤمن الخلوة بهن، فإن تمكن من ذلك بنفسه فعل وإلا استنهض الإمام شيخاً يوثق بعلمه ودينه لذلك حتى يقوم بهذه الوظيفة. انتهى **ص: (وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام) ش:** قال ابن عرفة: المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة، والمدعى عليه من اقترنت دعواه به أي بالمرجح. فقول ابن الحاجب: «المدعي من تجرد قوله عن مصدق» يبطل عكسه بالمدعي ومعه بينة، ونحوه لابن شاس

بطائق وخلطت، فمن خرج اسمه بدأ به وذلك كالقرعة بينهم **(وينبغي أن يفرد وقتاً أو يوماً للنساء)** أشهب: إن رأى أن يبدأ بالنساء فذلك له على اجتهاده ولا يقدم الرجال والنساء مختلطين، وإن رأى أن يجعل للنساء يوماً معلوماً أو يومين فعل. ابن عبد الحكم: أحب إلي أن يفرد للنساء يوماً ويفرق بين الرجال والنساء في المجالس. المازري: إن كان الحكم بين رجل وامرأة أبعد عن المرأة من الأخصام بينه وبينها من الرجال **(كالمفتي والمدرس)** ابن شاس: ويفعل المفتي والمدرس عند التزاحم كذلك. ابن عرفة: لا أعرف هذا نصاً لأهل المذهب، إنما قاله الغزالي: وتخريجها على حكم تزاحم الخصوم واضح. وقال سحنون: لا يقدم صاحب الرحا أحداً على غيره إذا كانت سنة للبلد. البرزلي: وعلى هذا يأتي التقديم في طبخ الخبز والعناء وسائر الصناع إن كان عرفاً عمل عليه وإلا قدم الآكد فالآكد. ويقدم في القراءة من فيه قابلية على غيره لتحصيل كثرة المنافع على قلتها، وكان الشيخ الأبيّ يقول: الطالب الذي لا قابلية له ينبغي أن يقدم عليه غيره اهـ. وفي الموافقات في الطالب الذي لا قابلية له أن تعلقه بالتعليم من باب العبث بالنسبة إلى المصلحة المجتلبة ومن تكليف ما لا يطاق في حقه وكلاهما باطل شرعاً، والذي فيه قابلية قد يكون التعلم فرض عين عليه **(وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام)** ابن عرفة: المدعي من عريت دعواه من مرجح غير شهادة، والمدعى عليه اقترنت دعواه به. فقول ابن الحاجب: «المدعي من تجرد قوله عن مصدق» يبطل عكسه بالمدعي وحده ومعه بينة. أشهب: إذا جلس الخصمان بين يديه فلا بأس أن يقول ما لكما وما خصومتكما أو يسكت ليبتدئاه، فإن تكلم

بِالْكَلاَمِ، وَإِلاَّ فَالْجَالِبُ، وَإِلاَّ أُقْرِعَ فَيَدَّعِي بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ، قَالَ: وَكَذَا شَيْءٌ، وَإِلاَّ لَمْ تُسْمَعْ:

انتهى. ولا يرد ما قاله لأن الكلام في معرفة المدعي والبينة إنما يأتي بها بعد معرفة كونه مدعياً فتأمله والله أعلم. ص: (فيدعي بمعلوم محقق قال وكذا شيء) ش: قال ابن فرحون في تبصرته: الشرط الأول أن تكون معلومة. فلو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة. قاله ابن شاس. ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه. وقد قال المازري في هذه الدعوى: وعندي أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى على وجه التفصيل وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب، أما لو قال لي عليه شيء من فضلة حساب لا أعلم قدره وقامت له بينة أنهما تحاسبا وبقيت له عنده بقية لا علم لهم بقدرها، فدعواه في هذه الصورة مسموعة، وكذلك لو ادعى حقاً له في هذه الدار أو الأرض وقامت له بينة أن له فيها حقاً لا يعلمون قدره، فهي دعوى مسموعة، وسيأتي كثير من هذا المعنى في باب القضاء بالشهادة الناقصة انتهى. فقوله: «أما إلى آخره» يدل على أن هذا يسمع بلا خلاف فهو مخصوص لقول المؤلف «معلوم». وقوله: «بمعلوم محقق» نحوه لابن الحاجب فأورد عليه ابن عرفة توجيهه يمين التهمة على القول بها فتأمله والله أعلم.

المدعي أسكت الآخر حتى يسمع حجة المدعي، ثم يسكته ويستنطق الآخر ويتربص به حتى يفهم عنه ولا يبتدىء أحدهما فيقول ما تقول أو ما لك إلا إن علم أنه المدعي. ولا بأس أن يقول أيكما المدعي. فإن قال أحدهما أنا وسكت الآخر، فلا بأس أن يسأله عن دعواه، وأحب إليّ أن لا يسأله حتى يقر خصمه بذلك (وإلا فالجالب) ابن عبد الحكم: إن ادعى كل منهما أنه المدعي، فإن كان أحدهما جلب الآخر فالجالب المدعي (وإلا أقرع) ابن عبد الحكم: وإن لم يدر الجالب بدأ بأيهما شاء، فإن كان أحدهما ضعيفاً فأحب إلي أن يبدأ به، وإن بقي كل واحد منهما متعلقاً بالآخر أقرع بينهما (فيدعي بمعلوم محقق قال وكذا شيء وإلا لم يسمع كأن ظن أو شك) ابن شاس: في الدعوى المسموعة هي الصحيحة وهي أن تكون معلومة صحيحة، فلو قال مما عليه شيء لم يقبل دعواه. ابن عرفة: هذا نقل الشيخ عن عبد الملك، ونقله المازري عن المذهب قال: وعندي لو قال الطالب أتيقن عمارة ذمة المطلوب بشيء أجهل مبلغه وأريد جوابه بذكره مفصلاً أو إنكاره جملة لزمه الجواب. ابن شاس: وكذلك لو قال أظن أن لي عليك شيئاً يعني فلا تقبل دعواه أيضاً. ابن عرفة: فاختصره ابن الحاجب بقوله «وشرط المدعي أن يكون معلوماً محققاً» فقبله شارحاه ولم يذكرا فيه خلافاً. وسمع القرينان: من دخل بزوجته ثم مات فطلبت صداقها حلف الورثة ما نعلم بقي عليه صداق. ابن رشد: فإن نكلوا عن اليمين حلفت المرأة أنها لم تقبض صداقها واستوجبته لا على أن الورثة علموا أنها لم تقبضه فرجعت هذه اليمين على غير ما نكل عنه الورثة ولها نظائر. ويختلف في توجه هذه اليمين إذا لم تتحقق المرأة ذلك على الورثة. انظر ابن عرفة، وانظر في الصلح عند قوله «ولا يحل لظالم» (وكفاه بعت وتزوجت وحمل على الصحيح) ابن شاس: إذا ادعى في النكاح أنه تزوجها تزويجاً صحيحاً سمعت دعواه، ولا يشترط أن يقول بولي وبرضاها بل ولو أطلق سمع أيضاً. وكذا في البيع بل ولو

كَأَظُنُّ، وَكَفَاهُ بِعْتُ، وَتَزَوَّجْتُ، وَحُمِلَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِلاَّ فَلْيَسْأَلْهُ الْحَاكِمُ عَنِ السَّبَبِ،

قلت: ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول إذا كان لا يعلم قدره. قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعاً جاز ذلك، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه، فإن لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه انتهى. وقال المتيطي في كتاب الصلح: لو شهد الشهود للقائم في الدار المقوم فيها بحصة لا يعرفون مبلغها ففي كتاب ابن حبيب في رواية مطرف عن مالك أنه يقال للمشهود عليه أقر بما شئت منها واحلف عليه، فإن أبى قيل للمشهود له سم ما شئت منها واحلف عليه وخذه، فإن أبى أخرجت الدار من المطلوب ووقفت حتى يقر بشيء. قال مطرف: وقد كنا نقول وأكثر أصحابنا إنه إذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم ولا يلزم المطلوب شيء حتى قال ذلك مالك فرجعنا إلى قوله واستمرت الأحكام به انتهى.

مسألة: ليس من تمام صحة الدعوى أن يذكر السبب، يؤخذ ذلك من قول المصنف بعد هذا «ولمدعى عليه السؤال عن السبب». وإذا لم يلزم ذلك فأحرى أن يكون من شرط صحتها ذكر تسليم المبيع إذا كان مثلياً وهو واضح. وهذا بخلاف الشهادة على ما ذكره ابن فرحون في الفصل الثامن فيما ينبغي للقاضي أن يتنبه له في أداء الشهادة والله أعلم. ثم قال ابن فرحون: الشرط الثاني من شروط الدعوى أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته كمن ادعى على رجل هبة وقلنا الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه الجواب بإقرار أو إنكار. وإن قلت بقول المخالف والقول الشاذ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول، فذهب بعض الناس إلى أن الجواب فيه لا يلزم، وكذلك العدة على القول بعدم اللزوم. وكذا الوصية وذكر شروطاً أخرى فانظرها فيه. وانظر أيضاً الباب الثامن والعشرين من القسم الثاني في القضاء بالاتهام وأيمان التهم قال فيه: قال أبو الحسن الصغير: المشهور أن اليمين تجب بمجرد الاتهام ولم يحقق الدعوى، والظاهر أنه يريد بعد إثبات أن المدعى عليه ممن تلحقه التهمة فيما ادعى عليه به. انظر بقيته.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: فصل في تصحيح الدعوى: والمدعى به أنواع، فإن كانت الدعوى في شيء من الأعيان وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعي به ويذكر أنه في يد المذكور يعني المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الإجارة أو المساقاة أو غير ذلك، ولا يشترط في الدعوى أن يسأل الحاكم النظر بينهما

قال هذه زوجتي لكفاه الإطلاق **(وإلا فليسأله الحاكم عن السبب)** المازري: إذا نظر المدعي بدعواه وادعى أمراً مجهولاً فلا بد من استفساره. وقال ابن حارث: يجب على القاضي أن يقول للطالب من أين وجب لك ما ادّعيت، فإن قال من بيع أو سلف أو ضمان أو تعد وشبهه لم يكلفه أكثر من ذلك، فإن لم يكشف القاضي عن وجه ذلك ومن أي شيء وجب صار كالخابط عشواء إذ لا يؤمن أن

ثُمَّ مُدَّعًى عَلَيْهِ تَرَجَّحَ قَوْلُهُ بِمَعْهُودٍ، أَوْ أَصْلٍ

بما يوجب الشرع انتهى. قوله: «أو غير ذلك» يدخل فيه أن يقول ضاع مني أو سرق مني ولا أدري بماذا وصل إلى هذا الذي هو في يديه، وهذا مستفاد من نصوص أهل المذهب. قال اللخمي في كتاب الشهادات: فصل: وإن ادعى عبداً في يد رجل وقال أبق مني، فإن كانا من بلد واحد كلف أن يأتي بلطخ أنه ملكه لأن ملك ذلك لا يخفى على جيرانه وأهل سوقه، وإن كان أحدهما طارئاً لم يحلف أحدهما الآخر كأنه إن ادعى الطارىء على المقيم قال المدعى عليه أنت لا تدعي على معرفة ذلك لأني لست من بلدك ولا يجوز أن يكون صادقاً، وكذلك إن ادعى المقيم عبداً أتى به الطارىء لم يحلفه لأنه لا علم عنده هل هو ملكه أم لا، فإن أقام شاهداً أنه عبده حلف معه وإن نكل لم يرد اليمين لأن الآخر لا علم عنده فلا يحلف على تكذيب الشاهد. انتهى انظر بقية كلامه وكلام المدونة وشروحها. وانظر ابن فرحون في فصل توقيف الشيء المدعى فيه فإن كلامه أصرح من هذا والله أعلم ص: **(ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل)** ش: المعهود هو شهادة العرف ونحوه والأصل استصحاب الحال. قاله ابن عبد السلام والله أعلم.

مسألة: قال ابن فرحون في الكلام على القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى ما نصه: مسألة: إذا ادعى رجل قبل رجل حقوقاً وكشفه عن بعضها وسأله الجواب عما كشفه عنه، فقال المطلوب اجمع مطالبتك حتى أجيبك، لم يكن له ذلك، وله أن يطلب من حقوقه ما شاء ويترك ما شاء، وإن كان إنما قال له هل لك في هذه القرية شيء غير الابتياع الذي قمت به عليّ فقال له خصمه جاوبني عن الابتياع أولاً، فليس له ذلك حتى يقول له ليس لي دعوى غير الابتياع، وحينئذ يلزم المطلوب الجواب بالإقرار أو الإنكار. قال المتيطي: وهذا خلاف ما حكاه ابن أبي زمنين في التفرقة بين المواريث وغيرها، لأن المواريث لا يحاط بها فيلزم المدعى عليه الجواب على ما ادعى عليه فيها بخلاف غير المواريث لا يلزم المدعى عليه الجواب حتى يجمع المدعي دعاويه كلها انتهى. وذكرها بعد هذا في فصل مسائل تتعلق بحكم اليمين ونصه: مسألة: قال ابن أبي زمنين في المقرب: ومن وجبت له على رجل يمين لبعض ما جرى بينهما من المعاملات في الأخذ والإعطاء فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك إن كانت تزعم أن لك عندي مطلباً غير هذا الذي تريد إحلافي عليه لأحلف في جميع ذلك يميناً واحدة، فهو من حق المدعى عليه بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك قبلي في هذا الميراث لأحلف لك على

يكون الحق إنما يدعيه مدعيه من وجه لا يجب به حق إذا فسره. **(ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل)** ابن شاس: المدعي من تجردت دعواه عن أمر يصدقه أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق واقترن بها ما يوهنها عادة، وذلك كالخارج عن معهود في الدلالة على الصدق

....

هذا كله يميناً واحدة، لم يكن له ذلك لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه. وقد تقدم في فصل الجواب عن الدعوى حكم هذه المسألة وفيها من الخلاف غير هذا انتهى. وفي الفصل الثاني من مفيد الحكام ابن أبي زمنين: ومن لزمتك له يمين بلا بينة إلا بمجرد الدعوى في قول من يرى ذلك، فلك أن تقول له اجمع دعاويك كلها قبلي لأدخلها في يميني، ولو لزمتك له بسبب ميراث لم يكن لك أن تقول اجمع دعاويك كلها لأدخلها في يميني، لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وهذا الذي أخذنا عن مشيختنا انتهى. ولم يحك فيه خلافاً وبهذا جرى العمل في هذا الزمان. وذكر في التبصرة بعد هذه المسألة في الموضع الثاني مسألة من الوثائق المجموعة تشهد لهذا، وهي من ادعى بحقوق وزعم أنه لا بينة له على بعضها وله بينة على بعضها وأراد استحلافه فيما لا بينة له فيه ويبقى على إقامة البينة فيما له فيه بينة، فإنه إن التزم أنه إن لم تقم له بينة فيما زعم أن له فيه بينة لم تكن له يمين على المدعى عليه فإنه يحلفه الآن، فإن أقام البينة وإلا فلا يمين له عليه. وإن لم يلتزم ذلك لم يستعمل يمينه حتى يقيم البينة، فإن أقامها وإلا جمع دعاويه وحلف له على الجميع. انتهى.

فرع: وإذا قلنا إن الدعاوى تجتمع في يمين واحدة، فإذا كان بعضها مما تغلظ فيه اليمين، وبعضها لا تغلظ فيه اليمين فإن من وجبت عليه اليمين يخير بين أن يحلف يميناً واحدة في المسجد وبين أن يحلف على ما لا تغلظ فيه في غير المسجد، ثم يحلف أخرى في المسجد. ذكره ابن سهل في ترجمة جمع الدعاوى في يمين واحدة.

تنبيه: قوله: «ثم مدعى عليه» هذا إذا كان المدعى عليه ممن يصح إقراره، فإن كان ممن لا يصح إقراره فقال ابن فرحون في تبصرته: ليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره. قاله في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم. واعلم أن الدعوى على المحجور على ثلاثة أقسام: القسم الأول: أن يدعى عليه بما لا يلزمه، ولو قامت به البينة كالبيع والشراء والسلف والإبراء فهذا لا يسمع القاضي الدعوى به ولا البينة. والقسم الثاني: ما يلزمه في ماله إذا قامت به البينة ولا يلزمه بإقراره كالغصب والاستهلاك والإتلاف واستحقاق شيء من ماله ونحو ذلك من الجراح التي لا توجب القصاص وإنما توجب المال، فهذا يسمع القاضي الدعوى به ويكلف المدعي إثبات ما ادعاه ويحكم به في مال المحجور، ولا يكلف المحجور وإقراراً ولا إنكاراً. القسم الثالث: ما يلزم المحجور إذا أقر به كالطلاق والجراح التي توجب القصاص إذا كان المحجور بالغاً، فهذا تسمع الدعوى فيه ويكلف الإقرار والإنكار. وهذا التقسيم مأخوذ من كلام ابن فرحون المشار إليه، وما ذكره في باب الحجر من أنه يلزمه الطلاق والحدود ونحو ذلك فتأمله والله أعلم. وأما عكس هذا وهو دعوى المحجور على غيره فقال في معين الحكام: يجوز للمحجور طلب حقوقه كلها عند قاضٍ أو غيره ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته، قال ابن بكير: وله أن يوكل على ذلك ليعلم ما يتوجه إليه وخالفه غيره في ذلك انتهى.

بِجَوَابِهِ، إِنْ خَالَطَهُ بِدَيْنٍ، أَوْ تَكَرُّرِ بَيْعٍ؛ وَإِنْ بِشَهَادَةِ آمْرَأَةٍ، لاَ بَيِّنَةٍ جُرِّحَتْ،

وقال في المتيطية في الوصايا في فصل تقديم الوصي: قال غير واحد من الموثقين: وللسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه وفي مغيبه والخصام فيها، وليس له أن يوكل على طلبها. وقال ابن بقي وغيره: له أن يوكل كما له أن يطلب وعلى هذا مضى العمل انتهى. وقال ابن رشد في نوازله: للمحجور أن يطلب وصيه وغيره بما له قبله من حق ليظهره وليبينه، فإن ظهر من وصيه إنكار لحقه وجحد عزل عنه انتهى. وانظر القلشاني عند قول الرسالة: «ومن قال رددت إليك وما وكلتني عليه».

فرع: قال في معين الحكام: ولو طلب يتيم ولا وصي له ولا مقدم حقاً له فسأل المطلوب أن يقدم عليه لأجل الخصام فلا يمكن من ذلك، وإذا استحق اليتيم حقه قدم القاضي من يقبضه له، ويجوز الاحتساب للأيتام إن لم يكن لهم ولي إلا أن يخاف ضعفه. انتهى ص: **(إن خالطه بدين أو تكرر بيع وإن بشهادة امرأة)** ش: ما قاله الشارح وابن غازي كافٍ في ذلك، وظاهره أن المرة الواحدة في الدين تكفي وهو كذلك كما سيأتي في الفرع الآتي ونصه:

فرع: قال في التوضيح: وفي سماع يحيى عن ابن القاسم من كتاب الشهادات فيمن يأتي قوماً بذكر حق كتبه على نفسه لرجل غائب فيشهد بما فيه: لا أرى أن يكتب فيه إذا

والمخالف لأصل وشبه ذلك، ومن ترجح جانبه بشيء من ذلك فهو المدعى عليه **(بجوابه)** ابن عرفة: إذا ذكر المدعي دعواه فمقتضى المذهب أمر القاضي خصمه بجوابه إن استحقت الدعوى جواباً وإلا فلا، راجع ابن عرفة. **(إن خالطه)** اللخمي: من ادّعى قبل رجل دعوى فأنكره لم يحلف بمجرد الدعوى إلا بما ينضاف إليها من خلطة وشبهه أو دليل وذلك يختلف باختلاف المدعى فيه **(بدين)** الباجي: الدعاوى التي تعتبر فيها الخلطة هي المداينة، ومن ادعى ثوباً بيد إنسان أنه له فاليمين على المدعى عليه. ابن زرقون: لأنها دعوى في معين. وقال بعض الشيوخ: لا يحلف على دعوى المعينات إلا بلطخ أو شبهة. المتيطي: ثبت عن رسول الله ﷺ أن اليمين على المدعى عليه إذا كانت بينهما خلطة، وقضى بذلك علي رضي الله عنه والمشيخة السبعة **(أو تكرر بيع)** المازري: قال ابن القاسم: وغير الخلطة أن يبيع إنسان إنساناً بالدين مرة واحدة بالعقد مراراً. قال ابن سلمون: وإذا لم تقع مفاصلة بين المتعاملين ومات أحدهما أو غاب فادّعى أحدهما أنه بقي قبله من سبب تعاملهما وأشبه ما ادّعاه، فرأى المتأخرون أنه يثبت ذلك ويحلف على ما يدعيه ويحكم له به. انظر في فصل الصلح منه. ومن العتبية قال ابن القاسم: إذا قال كنت أعامل فلاناً فما ادعى علي فأعطوه قال: يصدق في معاملة مثله وأراه ذكره عن مالك. قال ابن القاسم: ويكون من رأس المال. وإن ادّعى ما لا يشبه بطلت دعواه من الوصايا من ابن سلمون **(وإن بشهادة امرأة)** ابن المواز: إذا أقام المدعي بالخلطة شاهداً حلف وثبتت الخلطة ثم يحلف حينئذ المدعى عليه. وقال ابن كنانة: شهادة امرأة واحدة توجب اليمين أنه خلطة **(لا ببينة جرحت)** روى ابن القاسم عن مالك فيمن أقام شهوداً عدولاً على رجل

إِلاَّ الصَّانِعَ، وَالمُتَّهَمَ، وَالضَّيْفَ وَفِي مُعَيَّنٍ، وَالوَدِيْعَةَ عَلَى أُهْلِهَا، وَٱلْمُسافِرَ عَلَى،

خاف على نفسه لرجل غائب ليستوجب بذلك مخالطته فيحلفه إن ادعى عليه. بعض الشيوخ: فظاهره أن المرة الواحدة مخالطة. انتهى كلام التوضيح في كلامه على الخلطة. وقال الشيخ أبو الحسن في كلامه على نفقة الزوجة من كتاب النكاح الثاني عن أبي محمد صالح: ينبغي لمن أتاه رجل بكتاب فيه دين فقال له اشهد عليَّ بما فيه أن لا يشهد إلا بحضور من له الدين خوفاً من هذا. قال الشيخ: وذكر الشيخ ابن رشد في سماع يحيى أن الموثق إذا أراد أن يتحرز من هذا يكتب أقر فلان لفلان بدين من غير محضر من المقر له. قال الشيخ: وهذا أبين مما قاله أبو محمد صالح فيكتب إقراره كما ذكر، ثم لا يحكم له بذلك حتى سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وتحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والولاء ولو بين أب وابنه ولو قصرت المدة إلا أنه إن حضر مجلس البيع فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في حصته وكان له الثمن، وإن سكت بعد العام ونحوه حتى استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه وإن لم يعلم بالبيع وإلا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ منه، وإن سكت العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحقه الحائز. وإن حضر مجلس الهبة والصدقة والتدبير والعتق فسكت حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء، وإن لم يحضر ثم علم، فإن قام حينئذ كان له حقه. وإن سكت العام ونحوه فلا شيء له، ويختلف في الكتابة هل تحمل على البيع أو على العتق؟ قولان. انتهى مختصراً ص: **(وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان ويزاد في عبد وعرض)** ش: يعني أنه إنما يفترق بين الدور وغيرها في مدة

بحق فأقام الرجل بينة أنهم معادون له فسقطت شهادتهم فهم كمن لم يشهد وكأنه رأى أن لا يحلف، وكذلك عنه في العتبية **(إلا الصانع والمتهم)** أصبغ: سبعة تجب عليهم اليمين دون خلطة: الصانع، والمتهم بالسرقة، والرجل يقول عند موته لي عند فلان دين، والرجل يمرض في الرفقة فيدعي أنه دفع ماله لرجل وإن كان المدعى عليه عدلاً، وكذلك من ادّعى عليه رجل غريب نزل في مدينة أنه استودعه مالاً. ابن عرفة: نقل ابن رشد هذه الخمسة غير معزوة كأنها المذهب. الباجي: ومثل الصانع تجار السوق لأنهم نصبوا أنفسهم للناس. من عدم المسامحة والتشاح ما لا يترك فيه الحق هذه المدة فيكون لذلك الزمان الإسقاط، ومن هذا المعنى ما للمازري فيمن طلب رهناً زعم أنه كان في حق قبله منذ عشرة أعوام. فأجاب: إن كان مثل هذا لا يسكت عن طلب ما ذكر طول هذه المدة من غير عذر فإن اليمين تسقط، وأجاب ابن رشد: من ادعى عقاراً بيد غيره لا يسأل المطلوب من أين صار له. قال ابن لب: عقود الأصول لا توجب استحقاقاً من يد من الشيء بيده ليست بحجة **(وإنما تفترق الدور من غيرها في الأجنبي ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان ويزاد في عبد وعرض)** ابن رشد: لا فرق

رُفْقَتِهِ؛ وَدَعْوى مَرِيضٍ أَوْ بَائِعٍ عَلَى حَاضِرِ الْمُزَايَدَةِ؛ فَإِنْ أَقَرَّ فَلَهُ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ، وَلِلحَاكِمِ: تَنْبِيهُهُ

الحيازة إذا كانت الحيازة بين الأجانب. وأما في حيازة القرابة بعضهم على بعض فلا يفرق بين الدور وغيرها. قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: إن الأقارب والشركاء بالميراث أو بغير الميراث لا خلاف أن الحيازة بينهم لا تكون بالسكنى والازدراع، ولا خلاف أنها تكون بالتفويت بالبيع والصدقة والهبة والعتق والكتابة والتدبير والوطء ـ وإن لم تطل المدة ـ والاستخدام في الرقيق والركوب في الدواب كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع. قال: والاستغلال في ذلك كالهدم والبنيان في الدور وكالغرس في الأرضين. ثم قال: ولا فرق في مدة حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدواب والثياب فقد قال أصبغ: إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتهن، وإن السنتين والثلاثة حيازة في الدواب إذا كانت تركب، وفي الإماء إذا كن يستخدمن، وفي العبيد والعروض فوق ذلك، ولا يبلغ في شيء من ذلك كله بين الأجنبيين إلى العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول. انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من كلام ابن رشد أن اللباس في الثياب كالسكنى في الدور وأنه لا تحصل حيازة بين الأقارب ولو طالت المدة، وأن الاستقلال في الرقيق والدواب والثياب بمعنى قبض أجرة العبيد والدواب والثياب كالهدم والبنيان في العقار فلا تحصل الحيازة بين الأقارب في الرقيق والثياب والعروض إلا بالاستغلال. ويختلف في مدتها على القولين السابقين اللذين أشار إليهما المصنف بقوله: «وفي الشريك القريب معهما قولان» أو بالأمور المفوتة كالبيع والهبة والصدقة والعتق والوطء، ويعلم هذا من كلام المصنف لأنه لما جعل ذلك مفوتاً بين الأب وابنه علم أنه مفوت في حق غيرهما من باب أحرى والله أعلم.

الثاني: فهم من قول المصنف: «في الأجنبي» أن القريب لا تفترق الدار من غيرها في حقه، سواء كان شريكاً أو غير شريك، ففيه إشارة إلى ترجيح القول بتساويهما كما تقدم ذلك.

الثالث: تقدم في كلام ابن رشد: «الثياب يكفي في حيازتها السنة والسنتان» ولم يتعرض لها المصنف بل قد يفهم من كلامه دخولها في العروض فتنبه لذلك.

الرابع: التفصيل الذي ذكرناه عن ابن رشد لا يؤخذ من كلام المصنف ولم ينقله في التوضيح وهو أتم فائدة فتأمله والله أعلم.

الخامس: في المدة التي يسقط بها طالب الدين قال في المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة المنسوب لولد ابن فرحون: الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له ويصدق

عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ: قَالَ: أَلَكَ بَيِّنَةٌ،

الغريم في دعوى الدفع، ولا يكلف الغريم ببينة لا مكان بينهما حججاً لا ينتقلان منها، ولا بأس به من ذلك. ثم ذكر هذه المسألة التي ذكرها ابن فرحون، وذكر قوله وتضفيزهما بلفظ «ولا يضفزهم حججاً لا ينتقلان منها إلى غيرها» انتهى فتأمله والله أعلم. وفي عبارة بعضهم: «ولا يصفرهما» بصاد مهملة ثم فاء ثم راء مهملة مضارع صفر، وفي بعضها: «يصرفها» بتقديم الراء على الفاء من الصرف، وذلك كله غير صحيح، بل الكلمة بضاد معجمة ثم فاء ثم زاي معجمة مضارع «ضفز». قال في القاموس في فصل الضاد المعجمة من باب الزاي: الضفز لغم البعير أو مع كراهته ذلك والدفع والجماع والعدد والوثب والعقد والضرب باليد والرجل وإدخال اللجام في الفرس. والضفز الغليظ ومنها اللقمة الغليظة وأضفزه التقمه كارهاً. انتهى. وفي المحكم: الضفز والضفيز شعير يحش ثم يبل ويعلفه البعير، وقد ضفزت البعير أضفزه فاضطفز. وقيل: الضفز أن تلقمه لقماً كباراً. وقيل: هو أن يكرهه على اللقم. وضفزت الفرس اللجام إذا أدخلته في فيه، وضفزه بيده ورجله ضربه، وضفزها أكثر لها من الجماع، قاله ابن الأعرابي انتهى. والمعنى لا يدخلها عليهم أو لا يلزمهم إياها حججاً والله أعلم. وقال في مختصر الواضحة في الترجمة المذكورة: وإذا تواضع الخصمان عند القاضي الحجج معنى قوله: «تواضع الخصمان» والله أعلم. وضع كل واحد حجته وكتبها وقيدها والله أعلم. **ص: (وإن أنكر قال ألك بينة)** ش: ظاهر هذا أن القاضي لا يسمع من بينة المدّعي حتى يسأل المدّعى عليه، ولا شك أن هذا هو الأكمل، فإن سمع البينة قبل ذلك لم يكن خطأ. قال في المتيطية في آخر كتاب حريم البئر: واستحسن أهل العلم أن لا يسمع القاضي من البينة إلا بعد ثبوت المقالة وعلى ذلك بنيت الأحكام، ومن حجتهم في ذلك أنه قد يمكن أن يقر المدّعى عليه بدعوى المدّعي فيستغني عن الإثبات، ولكنه إن سمع البينة قبل انعقاد المقالة لم يكن ذلك من الخطأ الذي يوجب نقض الحكم انتهى.

تنبيه: للقاضي أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم خلافاً لعبد الملك. قال في المدونة في باب المفقود من كتاب طلاق السنة: وإن أقام رجل البينة أنه أي المفقود أوصي له بشيء أو أسند إليه الوصية سمعت بينته، فإذا قضى بموته بحقيقة أو بتعمير جعلت الوصي وصياً وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حياً وحملها الثلث ولا أعيد البينة، وكذلك إن أقامت امرأة بينة أنه زوجها قضيت لها كقضيتي على الغائب انتهى. وقال ابن فرحون في

في مدة حيازة الوارث لورثته بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي مال الأجنبي بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدواب والثياب. فقال أصبغ: إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت نفع هات قرطاسك أكتب لك فيه ولا ينبغي له ترك ذلك **(وإن أنكر قال ألك بينة فإن نفاها واستحلفه فلا بينة**

التبصرة في الفصل السادس من الركن الأول من الباب الخامس من القسم الأول:

مسألة: قال ابن الماجشون: العمل عندنا أن يسمع القاضي من بينة الخصم ويوقع شهادتهم، وحضر الخصم أم لم يحضر. فإذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم، فإن كان عنده في شهادتهم مدّفع أو في عدالتهم مجرح كلفه إثباته وإلا لزمه القضاء، وإن سأله أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بمحضره فليس له ذلك. وقال بعض العراقيين: لا يكون إيقاع الشهود إلا بمحضر الخصم المشهود عليه. قال ابن حبيب: وقال لي مطرف وأصبغ مثله. وقال فضل وسحنون مثله إلا أن يكون الخصم غائباً غيبة بعيدة انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع عيسى من كتاب الأقضية: قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل ادّعى وكالة ولم يثبتها بعد وشهود الحق الذي وكل فيه حضوره أيقبل القاضي شهادتهم؟ قال: إن خاف أن يحرجوا إلى موضع وكان لذلك وجه قبل القاضي شهادتهم ثم يثبت الوكالة بعد، وإلا فلا حتى تثبت الوكالة. قال ابن رشد: هذا صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها من قول ابن القاسم. وروايته عن مالك أن القاضي يسمع من البينة قبل وقت دخول الحكم بها، من ذلك قوله في كتاب الطلاق السنة منها أن القاضي يسمع البينة على المفقود بأنه أوصى بوصية أو أوصى إلى رجل قبل الحكم بتمويته. ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون أن القاضي لا يقبل من أحد بينة ولا يسمعها إلا في حال يحكم بها للطالب أو يدفع بها عن المطلوب أنه لا يسمع من بينته حتى تثبت وكالته، وإن خشي مغيب بينته أشهد على شهادتهم انتهى. وقال في النوادر في كتاب أدب القضاء في إنصاف الخصمين والعدل بينهما: قال مطرف وابن الماجشون: ولا يسمع من أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه إلا أن يعرف من المتخلف لدداً في تخلفه فيشكو إليه فيسمع منه. ثم ذكر عن المجموعة عن أشهب كلاماً ثم قال: ومن العدل بين الخصمين أن لا يجيب أحدهما في غيبة الآخر إلا أن يعرف لدداً من المتخلف أو لم يعرف وجه خصومه المدّعي، فلا بأس أن يسمع منه حتى يعلم أمره. وإذا جاء أحدهما ولم يحضر الآخر فلا يسمع منه حجته وليأمره بإحضار خصمه أو يعطيه طينه أو يكتب بجلبه إلا أن يكون لم يعلم ما خصومتهما فلا بأس أن يسمع منه انتهى. ونقله ابن بطال في أوائل مقنعه. وقال في الباب الذي قبله: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا استعدى رجل على رجل بدعوى عند الحاكم، فإن كان في المصر أو قريباً منه أعطاه طابعاً في جلبه أو رسولاً، وإن كان بعيداً من المصر لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهدان أو شاهد، فإذا ثبت عنده كتب إلى من يثق به من أمنائه إما أنصفه وإلا فليرتفع معه، وأما القريب من المدينة مثل أن يأتي ثم يرجع ويبيت في منزله والطريق مأمونة، فهذا يرجع بالدعوى كالذي في المصر، انتهى ونقله ابن فرحون في الفصل المتقدّم ذكره وأطال الكلام فيه فراجعه والله أعلم ص: **(فإن**

فَإِنْ نَفاهَا وَٱسْتَحْلَفَهُ: فَلاَ بَيِّنَةَ؛ إِلاَّ لِعُذْرٍ: كَنِسْيَانٍ،

نفاها واستحلفه إلى آخره) ش: قوله: «واستحلفه» يشير إلى أن القاضي لا يستحلف الخصم حتى يطلب ذلك خصمه. قال ابن فرحون في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم: ومنها أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه إذا أنكر إلا بإذن المدعي إلا أن يكون من شاهد ذلك ما يدل على أنه أراد ذلك من القاضي. وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلاً ادّعى على آخر ثلاثين ديناراً فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي، فقال الطالب لم آخذ في هذه اليمين ولم أرض بها ولا بد أن تعاد اليمين، فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين ديناراً كراهة أن يكلفه إعادة اليمين التي قضى عليه بها، وإذا استحلفه له فلا بد من حضور المحلوف له أو وكيله، فإن تغيب وثبت تغيبه عند القاضي أقام القاضي من يقضيها انتهى. وما ذكره فيما إذا تغيب عن اليمين ذكره البرزلي في مسائل التفليس ونصه: من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها فالقاضي يوكل من يتقاضى عنه اليمين إذا ثبت مغيب من وجبت له اليمين وشهد على ذلك من نظره. وقال في أوائل الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين مسألة: وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم تجزه اليمين، وكذلك إذا بادر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فإن لم يرض بها قبل أن يسأله لم تجزه. انظر المنتقى للباجي وأحكام ابن سهل انتهى. وعكس هذا أن يطلب الطالب اليمين من المطلوب بغير محضر الحاكم وأمره فيحلف له، فإن ذلك يكفيه كما سيأتي عند الكلام على النكول. ويحمل قول المؤلف «وله يمينه» أنه لم يحلفه عند حاكم أو دون حاكم والله أعلم.

فرع: قال ابن فرحون في آخر الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين:

مسألة: وإذا وجبت يمين على رجل فأراد الطالب تأخيرها وأراد المطلوب تعجيلها أو بالعكس، فتعجيلها أوجب لمن طلب ذلك منهما ولا تؤخر. نقله ابن عبد السلام في بعض تعاليقه عن أبي الفرج. انتهى كلام ابن فرحون.

فرع: فإذا كانت الدعوى على امرأة وطلب الخصم أن تحلف بمحضره، فقال البرزلي في كتاب الشهادات: قال عبد الوهاب: إذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز للحاكم أن يبعث إليها من يحلفها لأنه صيانة، ولا مقال للخصم لأن من له إحلافها فليس له ابتذالها. قال البرزلي: يؤخذ من هذه المسألة أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي ونزلت وحكم بأنه يقف بحيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها لأنه قابض لليمين وعلى ما ذكر هنا يكون على وجه النيابة. انتهى **ص: (فلا بينة إلا لعذر كنسيان) ش:** قال ابن فرحون في الباب الثالث عشر من التبصرة.

تنبيه: قال في المتيطية: ومن الحزم للمدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه أن يلزم المدعي أنه

أَوْ وَجَدَ ثَانِياً، أَوْ مَعَ يَمِينٍ لَمْ يَرَهُ الأَوَّلُ، وَلَهُ يَمِينُهُ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْه أَوَّلاً، قَالَ: وَكَذَا أَنَّهُ عَالِمٌ بِفِسْقِ

قد أسقط بينة ما علم منها وما لم يعلم، فإذا عقد على نفسه مثل هذا لم يكن له أن يقدم عليه بعد يمينه بالبينة انتهى.

فرع: قال الشيخ زروق في شرح الرسالة: ولو حلفه على أنه متى وجد بينة قام بها ففي إعمال شرطه قولان فانظره. انتهى ص: **(قال وكذا إنه عالم بفسق شهوده)** ش: انظر إذا ادّعى المشهود عليه أن بينه وبين الشهود عداوة وادعى أن خصمه يعلم بذلك، فهل له أن يحلفه على ذلك أم لا؟ لم أر الآن فيها نصاً وقد سئلت عنه مراراً فأجبت: الظاهر أن اليمين تلزمه قياساً على هذه المسألة فتأمله والله أعلم. ص: **(واعذر بأبقيت لك حجة)** ش: تصوره واضح.

إلا لعذر كنسيان) المازري: الأصل أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه إلا بإذن المدعي. ادّعى رجل على رجل ثلاثين ديناراً فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي فقال الطالب: لم آذن في هذه اليمين ولم أرض بها، فلا بد أن تعاد هذه اليمين. فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله الثلاثين ديناراً كراهة أن يكلفه إعادة يمين قضى عليه بها. ومن المدونة: فإذا حلف المطلوب ثم وجد الطالب بينة فإن لم يكن علم بها قضى له بها. قال في الواضحة: بعد أن يحلف بالله أنه ما علم بها. قال في المدونة: وإن استحلفه بعد علمه ببينة تاركاً لها وهي حاضرة أو غائبة، فلا حق له وإن قدمت بينة. وقيل: إن عمر رضي الله عنه قضى بها ليهودي وقال: البينة العادلة أحب إلي من اليمين الفاجرة، انظر بعد هذا عند قوله «وإن استحلفه وله بينة يعلمها لم تسمع» **(أو وجد ثانياً أو مع يمين لم يره الأول)** انظر هذه العبارة وإنما هو فرع واحد ونص المدونة قال مالك: وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما أبقيت لكما حجة، فإن قالا لا حكم بينهما ثم لا يقبل منه حجة بعد إنفاذ حكمه. ولو قال له بقيت لي حجة أمهله؛ فإن لم يأت بشيء حكم عليه، فإن أتيا بعد ذلك يريد أن نقض ذلك لم يقبل منهما إلا أن يأتيا بأمر يرى أن لذلك وجهاً. قال ابن القاسم: مثل أن يأتي بشاهد عند من لا يقضي بشاهد ويمين، وقال الخصم لا أعلم لي شاهداً آخر فحكم عليه القاضي ثم وجد شاهداً آخر بعد الحكم فليقض بهذا الآخر. ومثل أن يأتي ببينة لم يعلم بها وما أشبه ذلك وإلا لم يقبل منه **(وله يمينه أنه لم يحلفه أولاً وكذا أنه عالم بفسق شهوده)** المازري: وكذلك اختلفوا في المدعي إذا طلب يمين المدعى عليه فقال قد كنت استحلفتني فاحلف لي على ذلك؛ فمن ذهب إلى أنه يجب أن يحلف له وجب أن يحلف من قام بشهادة شهود عدول أنه لم يعلم بفسقهم ولا اطلع عليه إذا قال له المشهود عليه إنما أعلم بعلمك بفسق شهودك، وكذا إن قال له احلف لي على أنك لم تستحلفني على هذه الدعوى فيما مضى لم يكن له أن يستحلفه يميناً ثانية، وبهذا مضى القضاء في هذه المسألة. والفتيا عندنا أن يلزم المدعي اليمين للمدعى عليه أنه ما استحلفه قبل ذلك أو يرد عليه اليمين أنه قد استحلفه على هذه الدعوى، ثم لا يحلف مرة أخرى **(وأعذر بأبقيت لك حجة)** المتيطي: الإعذار المبالغة في العذر. يقال أعذر الرجل أي أتى بعذر

شُهُودِهِ، وَأَعْذَرَ إِلَيْهِ: بِأَبَقِيَتْ لَكَ حُجَّةٌ؟ وَنُدِبَ تَوْجِيهُ مُتَعَدِّدٍ فِيهِ؛

تنبيهان: الأول: كان المصنف هرب بإفراد الضمير في قوله «لك» مما في المدونة من تثنيته لأن فيها وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما أبقيت لكما حاجة فإن قالا لا حكم بينهما ثم لا تقبل منه حجة بعد إنفاذه انتهى. فقيل: الحجة إنما تطلب ممن يتوجه عليه الحكم وهو المدعى عليه، ولهذا اختصرها أبو محمد بإفراد الضمير، لكن أجيب عنها بأن الحكم تارة يتوجه على الطالب وتارة على المطلوب لأنه قد تقوى حجة المدعى عليه فتضعف حجة المدعي فيتوجه الحكم عليه بالإبراء وغيره فلا بد من الإعذار، فلما كان يعذر تارة إلى هذا وتارة إلى هذا اختصر وأتى بذلك في لفظ واحد. كذا قال عياض وغيره. انتهى من التوضيح.

الثاني: اختلف في وقت الإعذار إلى المحكوم عليه؛ فقيل قبل الحكم وبه جرى العمل، وقيل بعده ذكره في مفيد الحكام. ونقله ابن فرحون في تبصرته. وفي مسائل ابن زرب: ولا تتم قضية القاضي إلا بعد الإعذار انتهى. وفي آخر وثائق الجزيرى في تسجيل بنقض حكم قضاء قاض فنظر فيه فتبين له من خطئه وجهله بالسنة ما أوجب فسخ قضائه عند فلان إذا كان لم يعذر إليه أو لم يصرح بأسماء الشهود الذين حكم بهم إذ ليس ذلك جائزاً إذ ليس بمشهور بالعدل في الحكم انتهى. فعلم منه أن الحكم قبل الإعذار لا يجوز. وفي البرزلي في مسائل الأقضية: وحكى ابن فرحون مسألة طوّل فيها من ابتياع وخصومة فيها، فذكر فيها أن حكماً وقع بغير إعذار فاختلف فيه؛ فذهب منذر بن إسحاق إلى أن الحكم بغير إعذار غير صواب ولا هو من وجه الحق لأنه من قبيل من لا يجب قبوله وليس نظره بحجة قال: وفيه ضعف. وقال مطرف وابن الماجشون: إذا لم يكتب الإعذار في الحكم وزعم المكتوب عليه بعد موت الحاكم أو عزله له أنه لم يمكنه من جرح الشاهد، فلا يسمع منه والحكم ماض عليه. وقال غيرهما: إن دعي إلى الإعذار فإنه يعذر إليه وذلك من حقه، فإن أتى بمدفع نظر له، وإن لم يأت بمدفع مضى الحكم بالإعذار إليه ولا يستأنف النظر فيما تقدم من الحكم لغفلة من غفل عن تتبع حقه انتهى. ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك بن الحسن من الاستحقاق أن الغائب على حجته وله نقض الحكم إذا ظهر ما ينقضه ولو لم ترج له الحجة لأنه في المسألة المذكورة لم ترج له الحجة وفي أثناء شرح المسألة الأخيرة من رسم طلق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة في تعليل المسألة لأن الشهادة لا يجب الحكم بها إلا بعد الإعذار إلى المشهود عليه انتهى. وانظر مختصر الواضحة في باب ما يفسخ فيه حكم القاضي والله أعلم. ص: **(وندب توجيه متعدد فيه)** ش: الضمير المجرور بـ«في» يعود على الإعذار المدلول عليه بقوله «واعذر»

صحيح، ومنه المثل «من أنذر فقد أعذر» أي بالغ في العذر من تقدم إليك فأنذرك، ومنه اعذر القاضي إلى من ثبت عليه حق في الشهود، وتقدم عند قوله «أو وجد ثانياً» قول المدونة «يقول لهما أبقيت

إِلاَّ الشَّاهِدَ بِمَا فِي الْمَجْلِسِ؛ وَمُوَجِّهَهُ، وَمُزَكِّيَ السِّرِّ، وَالْمُبَرِّزَ بِغَيْرِ عَدَاوَةٍ، وَمَنْ يُخْشَى مِنْهُ. وأَنْظَرَهُ لَهَا بِاجْتِهَادِهِ، ثُمَّ حَكَمَ: كَنَفْيِهَا، وَلْيُجِبْ عَنِ الْمُجَرِّحِ،

يعني أنه يستحب للقاضي إذا وجه من يعذر إلى أحد فليوجه إليه متعدداً. قال في معين الحكام: ينبغي للقاضي أن لا يحكم على أحد حتى يعذر برجل أو رجلين، وإذا أعذر بواحد أجزأه. انتهى. ص: (وموجهه) ش: وكذا لا إعذار فيمن يوجهه القاضي في الإعذار إلى شخص أو غيره. قال في تبصرة ابن فرحون.

مسألة: قال أبو إبراهيم: ولا يعذر القاضي فيمن أعذر به إلى مشهود عليه من امرأة أو مريض لا يخرجان.

مسألة: ولا يعذر في الشاهدين اللذين يوجههما لحضور حيازة الشهود لما شهدوا فيه من دار أو عقار. وقال ابن سري: سألت ابن عتاب عن ذلك فقال: لا إعذار فيمن وجه للإعذار، وأما الموجهان للحيازة فيعذر فيهما وقد اختلف فيهما.

مسألة: وكذلك الشاهدان الموجهان لحضور اليمين لا يحتاج إلى تسميتهما لأنه لا إعذار فيهما على المشهور من القول، لأن القاضي أقامهما مقام نفسه، وقيل لا بد من الإعذار فيهما.

لكما حجة» (وندب توجيه متعدد فيه) المتيطي: لا ينفذ القاضي حكمه على أحد حتى يعذر إليه برجلين، وإن أعذر بواحد أخبراه على ما فعل النبي ﷺ في أنيس إذ قال له: اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها (إلا لشاهد بما في المجلس وموجهه ومزكي السر والمبرز بغير عداوة ومن يخشى منه) أما الفرع الأول فقال ابن سهل: ما انعقد في مجلس القاضي بما أقر له بين يديه لا إعذار فيه. وقد أسقط مالك الإعذار فيمن عدل عند القاضي، فكيف به فيمن هو عنده عدل وشهد عنده بما سمع في مجلسه. وأما أنه لا إعذار في الفرع الثاني فقال المتيطي: لا إعذار فيمن يوجهه الحاكم قبل نفسه. وقال ابن عات: لا إعذار فيمن يوجهه الحاكم من قبل نفسه. وقال ابن عات: لا إعذار فيمن وجه للإعذار. قال أبو إبراهيم: لا إعذار فيمن أعذر به إلى مشهود عليه من امرأة لا تخرج أو مريض كذلك، وأما أنه لا إعذار في مزكي السر فقد تقدّم نص ابن رشد تعديل السر يفترق من العلانية أنه لا إعذار فيه، وأما أنه لا إعذار في المبرز فقال اللخمي: يسمع الجرح في المتوسط العدالة مطلقاً. وفي المبرز: تجريح العداوة أو القرابة وشبهها. وأما أنه لا إعذار بالنسبة لمن يخشى منه فقال اللخمي: من حق الشاهد والمشهود له أن يعلما بالجرح إذ قد يكون بينه وبين المشهود عليه قرابة أو غير ذلك مما يمنع التجريح، ويختلف إن كان الشاهد والمشهود له ممن يتقي شره (وأنظره لها باجتهاده ثم حكم كنفيها) ابن رشد: ضرب الأجل للمحكوم عليه فيما يدعيه من بينة مصروف إلى اجتهاد الحاكم بحسب ما يظهر له، وتقدم نص المدونة: يقول لهما أبقيت لكما حجة فإن قالا لا حكم بينهما. انظر عند قوله «أو وجد ثانياً» (وليجب عن المجرح) اللخمي: يستحب كون التجريح سراً لأن في إعلانه

وَيُعَجِّزُهُ؛ إِلاَّ فِي دَمٍ، وَحُبُسٍ، وَعِتْقٍ، وَنَسَبٍ، وَطَلاَقٍ، وَكَتَبَهُ؛ وَإِنْ لَمْ يُجِبْ: حُبِسَ، وَأُدِّبَ، ثُمَّ حَكَمَ بِلاَ يَمِينٍ، وَلِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ السُّؤَالُ عَنِ السَّبَبِ، وَقُبِلَ نِسْيَانُهُ بِلاَ يَمِينٍ، وَإِنْ أَنْكَرَ مَطْلُوبُ الْمُعَامَلَةِ: فَالْبَيِّنَةُ؛ ثُمَّ لاَ تُقْبَلُ بَيِّنَةٌ بِالْقَضَاءِ، بِخِلاَفِ: لاَ حَقَّ لَكَ عَلَيَّ؛

مسألة: وكذلك الشهود الذين يحضرون تطليق المرأة وأخذها بشرطها في مسائل الشروط في النكاح لا يحتاج إلى تسميتهم لأنه لا إعذار فيهم انتهى. قال والدي حفظه الله: ولعل المؤلف أشار إلى جميع ذلك وما أشبهه بقوله «وموجهه» والله أعلم. ص: (**وإن أنكر مطلوب المعاملة إلى قوله لا حق لك عليّ**) ش: تقدّم الكلام على هذه المسألة في باب الوكالات عند قول المصنف «أو أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف». وانظر الباب السادس والخمسين في القضاء بموجب الجحود من القسم الثاني من التبصرة. وانظر رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

فرع: قال في أول رسم من سماع عيسى من كتاب المديان فيمن ادعى على رجل بحق، فقال المدعى عليه لا أعرفك ولا كانت بيني وبينك خلطة قط، ثم ادعى بعد ذلك المدعى عليه قبل المدعي بحق وأتى عليه ببينة قال: ولا أرى أن تنفعه بينته إلا أن تكون بعد ذلك خلطة. ابن رشد: إن أقام بينة عليه من معاملة قائمة قبل إنكاره لم ينتفع بها، وأما إن أقام

أذى للشاهد، ومن حد الشاهد والمشهود له أن يعلما بالجرح. انظر في الفرع قبل هذا (**ويعجزه إلا في دم وحبس وعتق ونسب وطلاق**) الجزيري: إذا انصرمت الآجال وعجز الطالب عجزه القاضي وأشهد بذلك ويصح التعجيز في كل شيء يدعي فيه إلا في خمسة أشياء: الدماء والأحباس والعتق والطلاق والنسب. وبهٔ قال ابن القاسم وأشهب وابن وهب، فإن قضى على القائم بإسقاط دعواه حين لم يجد بينة من غير تعجيزه ثم وجد بينة فله القيام بها ويجب القضاء له (**وكتبه**) من المفيد: حق على القاضي أن يكتب التعجيز ويشهد عليه، ثم لا ينظر له هو ولا من جاء بعده إن جاء ببينة تثبت ما عجز عنه من ذلك إلا العتق وما ذكر معه (**وإن لم يجب حبس وأدب ثم حكم بلا يمين**) اللخمي: إذا ادعى أحدهما على الآخر دعوى فلم يقر المدعى عليه ولم ينكر فقال مالك فيمن كانت بيده دار ادعى رجل أنها لابنه ولجده فسئل من هي بيده فلم يقر ولم ينكر أنه يجبر على أن يقر أو ينكر. قال محمد: فإن لم يقر ولم ينكر حكم عليه للمدعي بلا يمين (**ولمدعى عليه السؤال عن السبب وقبل نسيانه بلا يمين**) أشهب: لو سأل المدعى عليه طالبه من أي وجه يدعي عليه هذا المال فقال: تقدمت بيني وبينه مخالطة سئل عن ذلك ولم يقض القاضي على المدعى عليه بشيء حتى يسمي المدعي السبب الذي كان له الحق. ومثل هذا في كتاب ابن سحنون. وزاد ابن أبي الطالب: أن يخبر بالسبب، فإن قال لأني لم أذكر وجه ذلك قبل منه، وإن لم يقل ذلك فلا يقضى على دعواه. ونقله الباجي بلفظ أن يبين سبب دعواه وادعى نسيانه قبل منه بغير يمين وألزم المطلوب أن يقر أو ينكر. ابن عرفة: في هذا نظر راجعه فيه (**وإن أنكر المطلوب المعاملة فالبينة ثم لا تقبل بينة بالقضاء بخلاف لا حق لك علي**)

وَكُلُّ دَعْوَى لاَ تَثْبُتُ إِلاَّ بِعَدْلَيْنِ؛ فَلاَ يَمِينَ بِمُجَرَّدِهَا. وَلاَ تُرَدُّ: كَنِكَاحٍ؛ وَأَمَرَ بِالصُّلْحِ: ذَوِي الْفَضْلِ وَالرَّحِمِ: كَأَنْ خَشِيَ تَفَاقُمَ الأَمْرِ،

البينة بحق له من معاملة حديثة بعد إنكاره قضى له بها وإن لم تكن بينهما خلطة، وإن قالت البينة لا ندري هل كانت المعاملة قبل الإقرار أو بعده فالقول قول الطالب مع يمينه أنها بعد الإقرار. انتهى. ص: **(وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها)** ش: قال في المسائل الملقوطة: وفي أحكام ابن سهل: وإن ادعى عليه أنه قذفه لم تجب عليه اليمين إلا إن شهدت بينة بمنازعة وتشاجر كان بينهما فتجب اليمين حينئذ انتهى. وقال الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار: وإذا ادّعى رجل على رجل أنه عبده وأنكر الآخر ذلك، فلا قول للمدعي إلا ببينة، ولا يمين على المدعى عليه وهو حر. وإذا كان عبد بيد رجل مقر له بالملك، ثم ادعى بعد ذلك

انظر في الوديعة عند قوله «ويجحدها» ثم في قبول بينة الرد خلاف. ومن المتيطي: إذا ترافعا إليه عقدت في ذلك أشهد القاضي عليه إلي فادّعى مدفعاً أجله بسببه فلم يأت بشيء يعجزه وشاور أهل العلم وقال إن نوى أن تشهد على تعجيز كلفلان وعلى الموكلين له وإن تعود الدار ميراثاً لجميع الورثة، وليس إنكار خصمهم أن تكون الدار المذكورة صارت إليهم بسبب المتوفى تخرجهم عن حصصهم منها بالميراث لأن الطالب لهم أتى ببينة تشهد له باشتراكهم أجمعين فيها بسبب الميراث، وإنما يحمل إنكارهم على التعنيت للطالب. ثم قال المتيطي: وقولنا يعني في هذا التسجيل حكاية عن المفتين وليس إنكار خصمهم الخ. هو الصواب وهو رواية عيسى عن ابن القاسم. وقال ابن كنانة: وعلى ذلك جرت الأحكام. وروى حسين عن ابن عرفة أنهم إذا أنكروا أن يكون ذلك صار إليهم بسبب المتوفى، فلما ثبت الأصل للمتوفى استظهروا أن يكون ذلك صار إليهم بسبب إما بصدقة أو شراء أو غير ذلك، فإن ذلك لا ينفعهم لأنهم قد أكذبوا بينتهم. قال ابن الهندي: وهذا أصح لأن من أكذب بينة فقد أسقطها ومن أوجب له السماع منها بعد تكذيبه إياها فقد فتح باب التعنيت والتشغيب وأعان عليه. قال المتيطي: وأما لو أنكر المعاملة فأثبتها الطالب فاستظهر المطلوب بالبراءة بدفعه لذلك فإنه لا يقبل منه بينة بعد إنكار المعاملة. هذا هو المشهور المعمول به. وروى حسين عن ابن نافع أنه تنفعه البراءة ولا يضره إنكار المعاملة، وأما إن قال ليس له علي شيء فلما قامت عليه البينة بسلف أو بيع جاء بالبراءة أو شهود على الدفع فإنه يسقط ذلك الحق عنه قولاً واحداً **(وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها ولا ترد كنكاح)** ابن الحاجب: كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردها ولا ترد كقتل العمد والنكاح والطلاق والعتق والنسب والولاء والرجعة **(وأمر بالصلح ذوي الفضل والرحم كأن خشي تفاقم الأمر)** اللخمي: لا يدعو إلى الصلح إذا تبين الحق لأحدهما إلا أن يرى لذلك وجهاً قال: وكذلك إذا أشكل الحكم عليه فإنه يقف ولا يحكم، وكذلك إذا تبين له الحق وهو يرى أنه متى أوقع الحكم تفاقم الأمر بين المتنازعين وعظم الأمر وخشيت الفتنة ويندب أهل الفضل إلى ترك الخصومات. قال ابن سحنون: كأن أبي ربما رد الخصمين إلا من عرف بالصحة والأمانة فيقول لهما اذهبا إلى فلان يصلح بينكما، فإن اصطلحتما وإلا رجعتما إلي وترافع إليه رجلان من أهل العلم فأبى

وَلاَ يَحْكُمُ لِمَنْ لاَ يَشْهَدُ لَهُ عَلَى الْمُخْتَارِ،

الحرية فعليه البينة انتهى. وانظر بقية فروع المسألة فيها والله أعلم. ص: **(ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار)** ش:تنبيه: قال ابن فرحون في تبصرته في الركن الثالث المقضى له.

مسألة: وفي ابن يونس: لا ينبغي للقاضي أن يحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه وإن رضي الخصم بخلاف رجلين رضيا بحكم رجل انتهى.

فرع: قال ابن الحاجب: ولا يحكم على عدوه. قال في التوضيح: هو متفق عليه. واتفاقهم هنا واختلافهم في الأولى يعني الحكم للقرابة يدل على أن مانع العداوة أقوى من مانع المحبة انتهى. وسيقول المصنف. إن مما ينتقض فيه حكم القاضي حكمه على عدوه. وهو كذلك وصرح به في النوادر وقال فيها أيضاً. قال سحنون: أصله أن من لا تجوز شهادته عليه فلا يجوز أن يقضي عليه ولا أن يحكم برد شهادته ولينفذ شهادته غيره إذا ولي في ذلك الشيء وفي غيره. وقاله ابن المواز إذا ثبت أن بينه وبين القاضي الذي رد شهادته عداوة انتهى. وممن تجوز شهادته عليه يتيم عدوه على الأصح فيصح حكمه عليه والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة الشيخ: لأشهب في المجموعة وكتاب ابن سحنون: لا يجوز أن يقضي القاضي لنفسه. ولابن رشد في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم: له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، ودليله قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته. هذه الرواية الصحيحة انتهى. يعني بقوله «هذه الرواية الصحيحة» قطعه باعترافه فإنه رُوي أنه قطعه بالبينة والأول أصح. قاله ابن رشد في الرسم المذكور من كتاب الأقضية، ولم يذكر ابن رشد ما تقدم إلا على أنه المذهب ونصه: قيل لمالك: أرأيت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول له قد ظلمتني قال: إن ذلك ليختلف ولم يجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قاله إذا أراد بذلك أذاه، وكان القاضي من أهل الفضل أن يعاقبه. ابن رشد: وهذا كما قال، لأن للقاضي الفاضل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب إليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما يشهد به عليه أنه أذاه به وهو غائب، لأن

أن يسمع منهما وقال لهما استرا على أنفسكما ولا تطلعاني من أمركما على ما قد ستره الله عليكما، وقال عمر رضي الله عنه: ردوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن: اللخمي: وهذا بين الأقارب حسن. وإن تبين الحق لأحدهما أو لهما قال سحنون: وإذا كانت شبهة وأشكل الأمر فلا بأس أن يأمرهما بالصلح. وقال مالك في بعض المسائل: لو اصطلحا **(ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار)** ابن عرفة: في صحة حكمه لمن لا تجوز شهادته له أربعة أقوال. قال محمد: كل من لا تجوز شهادته له لا يجوز أن يحكم له ونحوه لمطرف. اللخمي: وهذا

ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به أي بإقراره ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة. والأصل في ذلك قطع أبي بكر رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته، وإن كان في حديث الموطأ فاعترف به لأقطع أو شهد عليه على الشك فالصواب ما في غير الموطأ أنه اعترف به من غير شك إذ لو لم يعترف لما قطعه بالبينة، كما لو كان المسروق له إذ لا فرق بين كونه له أو لزوجته في هذا لأن متاعها كمتاعه. والدليل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن الحضرمي لما جاءه بغلامه فقال إن هذا سرق مرة لامرأتي: لا قطع عليه. هذا خادمكم سرق متاعكم. ألا ترى أن الرجل لا يجوز أن يشهد لنفسه؟ فإن كان يحكم الإقرار في مال كما يحكم به في مال غيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره لما يتعلق في ذلك من الحق لله، لأن الجرأة على القضاة والحكام بمثل هذا توهين لأمرهم وداعية إلى الضعف على استيفاء الحقائق في الأحكام، فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجاوز والعفو. وقاله في الواضحة انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: قال اللخمي: وما اجتمع فيه حق له ولله في جواز حكمه فيما هو لله كمن شهد عنده عدلان بأنه سرق من ماله ما يقطع فيه في حكمه بقطعه قولا ابن المواز وابن عبد الحكم. قلت: هذا يوهم أن قول محمد إنما هو فيما شهد به عدلان. وفي النوادر ما نصه: قال أشهب في المجموعة: إن أخذ القاضي فله قطعه ولا يحكم عليه بالمال. وكذا في الموازية وفي المجموعة. وكذا في محارب قطع عليه الطريق فليحكم عليه بحكم المحارب ولو جاء تائباً.

فرع: مما يجري مجرى القاضي في المنع من الحكم لمن يتهم عليه المفتي يعني لمن يتهم عليه ممن لا تجوز شهادته له، وينبغي للمفتي الهروب من مثل هذا. انتهى من الركن الثالث المقضى له.

فرع: قال الأقفهسي في شرح المختصر في آخر باب الأقضية. وسئل ابن أبي زيد: هل يجوز الحكم للمغترقي الذمم بالغصوب الممتنعين باليد القاهرة على أحد ولا يجوز الحكم لا لهم ولا عليهم؟ وما لم يعلم له مالك بعينه ولا هو عين المغصوب مما بأيديهم، فهل يحكم له بحكم الفيء أم لا؟ فأجاب: من كان مغترق الذمة فلا يحكم له بما ليس له ولو كان عين الغصب وما بأيديهم إذا لم يعلم له مالك معروف ولا يعرف وارث مالكه ولا من يستحقه على حال من الأحوال ولا يمكن أن يتحاصص في ماله بتجر ولا غيره إذ لا يحصل ما غصب ولا أقربه ولا يمكن تحريه. فإن كان ممن غصبه فقراء فيفرق فيهم ويعطى منهم من كان صغيراً قدر ما يرى، وإن كان لا يوجد فيمن غصبه مستحق للصدقة كان حكمه حكم الفيء وذلك حكم

وَنُبِذَ حُكْمُ جَائِرٍ، وَجَاهِلٍ لَمْ يُشَاوِرْ؛ وَإِلاَّ تُعُقِّبَ، وَمَضَى غَيْرُ الْجَوْرِ، وَلاَ يُتَعَقَّبُ حُكْمُ الْعَدْلِ الْعَالِمِ وَنَقَضَ، وَبَيَّنَ السَّبَبَ مُطْلَقاً مَا خَالَفَ قَاطِعاً،

ما في بيت المال ينظر ما هو أنفع يعمل به، إما الصدقة أو بناء القناطر أو جميع ما يصرف فيه متاع بيت المال، وقد وقع في هذا قولان: أحدهما يوضع ذلك في بيت المال، والآخر في الفقراء وهي ترجع إلى قول واحد. انتهى. ص: **(ونبذ حكم جائر الخ)** ش: هذا كما قال القضاة ثلاثة: الأول الجائر فتنبذ أحكامه كلها أي تطرح وترد، سواء كان عالماً أو جاهلاً،

أحسن لأن الظنة تلحق في ذلك ولا فرق بين الشهادة والحكم وهذا في المال. قال أشهب: فإن أخذ القاضي من سرقه فله قطعه ولا يحكم عليه بالمال. وقال ابن رشد: للقاضي أن يحكم بالإقرار على من انتهب ماله ويعاقبه لقطع أبي بكر يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته. قال ابن المواز: فإذا حكم القاضي فأقام المحكوم عليه بينة أن القاضي عدوّ له فلا يجوز قضاؤه عليه. **(ونبذ حكم جائر)** ابن رشد: القاضي الجائر ترد أحكامه دون تصفح له وإن كانت مستقيمة في ظاهرها إلا أن يثبت صحة باطنها. وفي نوازل البرزلي: لا يجوز الحكم بالحدس والتخمين. قال ابن الحاجب: وهو فسق يريد وإن صادف الحق فالمشهور الفسخ اهـ. وانظر في الاجتهاد عند قوله «إلا لتأول على الأحسن» أن الجاهل لا يعذر بموافقته للفقه. وقال ابن محرز: إن حكم بالظن والتخمين من غير قصد إلى الاجتهاد في الأدلة فذلك باطل، لأن الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف الحق، ويفسخ هذا الحكم وغيره إذا ثبت عند الغير أنه على هذا حكم **(أو جاهل لم يشاور)** المتيطي: القاضي العدل الجاهل الذي عرف منه أنه لا يشاور فللقاضي الوالي بعده أن يتصفح أحكامه؛ فما ألفى منها موافقاً للسنة نفذه، وأما ألفى منها مخالفاً لما عليه الناس في بلده إلا أنه قد وافق حكمه قول قائل من أهل العلم وإن كان ذلك القول لا يعمل به فإنه ينفذ حكمه بذلك ولا يفسخه، وما لم يصادف فيه قول قائل نقضه ولم ينفذه **(وإلا تعقب ومضى غير الجور)** ابن رشد: القاضي العدل تتصفح أحكامه؛ فما هو صواب أو خطأ فيه خلاف أنفذ، وما هو خطأ لا خلاف فيه رد. ابن رشد: ويختلف في أحكام القضاة الذي لا ترضى أحوالهم ولم يعلموا بالجور في أحكامهم وفي أحكام أهل البدع فقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع: هي كأحكام الجائر لا يمضي إلا ما علم صحة باطنه. وقال أصبغ: كأحكام العدل الجاهل يمضي منها ما كان صحيحاً في الظاهر **(ولا يتعقب حكم العدل العالم)** ابن رشد: القاضي العدل العالم لا تتصفح أحكامه ولا ينظر فيها إلا على وجه التحرير لها إن احتيج إلى النظر إليها لعارض خصومة أو اختلاف في حد لا على وجه الكشف والتعقب لها إن سأل ذلك المحكوم عليه فتنفذ كلها إلا أن يظهر شيء منها عند النظر إليها على الوجه الجائز أنه خطأ ظاهر لم يختلف فيه فليرد ذلك. **(ونقض وبين السبب مطلقاً)** أما حكم نفسه ففيه خلاف، هل عليه أن يبين السبب بخلاف حكم غيره لا بد أن يبين ضرر فسخه؟ قال مطرف: فإذا حكم القاضي بفسخ قضية نفسه ولا فسر وجه فسخه فليس ذلك بفسخ. وقال ابن الماجشون: إشهاده على الفسخ يكفيه. قال أصبغ: وإنما الفسخ الذي لا يكون شيئاً حتى يخلص ما رد به القضية إذا فسخ حكم غيره **(ما خالف قاطعاً**

أَوْ جَلِيِّ قِيَاسٍ: كَٱسْتِسْعَاءِ مُعْتَقٍ، وَشُفْعَةِ جَارٍ، وَحُكْمٍ عَلَى عَدُوٍّ. أَوْ بِشَهَادَةِ كَافِرٍ، أَوْ مِيرَاثِ ذِي رَحِمٍ، أَوْ مَوْلَى أَسْفَلَ، أَوْ بِعِلْمٍ سَبَقَ مَجْلِسَهُ، أَوْ جَعْلِ بَتَّةٍ وَاحِدَةً، أَوْ أَنَّهُ قَصَدَ كَذَا فَأَخْطَأَ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُ قَضَى بِعَبْدَيْنِ، أَوْ كَافِرَيْنِ، أَوْ صَبِيَّيْنِ، أَوْ فَاسِقَيْنِ: كَأَحَدِهِمَا:

وظاهره ولو علم أن ما حكم به حق. والثاني الجاهل فإن كان لم يشاور العلماء نبذ حكمه

أو جلي قياس) انظر ما تقدم للمتيطي قبل قوله «وإلا تعقب» قال ابن الحاجب: لا تتعقب أحكام العدل العالم ولا ينقض منها إلا ما خالف قاطعاً، المازري: ويحمل ردّ عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قضاء شريح على أن علياً حفظ خبر أمر النبي ﷺ أو قياساً جلياً **(كاستسعاء معتق بعضه وشفعة جار)** ابن الماجشون: من الخطأ الذي ينقض به حكم العدل العالم باستسعاء العبد لعتق بعضه وبالشفعة للجار وتوريث العمة والخالة والمولى الأسفل وشبهه. ابن عرفة: لما ذكر المازري هذه قال ابن عبد الحكم: لا يرى النقض في هذه المسائل لأنه غير قطعي، وقول ابن الماجشون بعيد لأن الاستسعاء ثبت به حديث. وعن عبد الملك: إذا قضى بخلاف السنة المشهورة، وإن كان فيها نقض قضاؤه مثل القضاء لذوي الأرحام بالميراث والشفعة للجار وشهادة أهل الذمة. أبو عمر: ما قال هذا غير عبد الملك **(وحكم على عدو)** ابن المواز: إذا أقام المحكوم عليه بينة أن القاضي عدوّ له فلا يجوز قضاؤه عليه **(أو بشهادة كافر وميراث ذي رحم)** تقدم قول أبي عمران «هذا لم يقله غير عبد الملك» **(أو مولى أسفل)** تقدم هذا لابن الماجشون خلافاً لابن عبد الحكم **(أو بعلم سبق مجلسه)** انظر هذا مع ما يتقرر. اللخمي: لا يقضي القاضي بما كان عنده من العلم قبل أن يلي القضاء ولا بعد أن ولي إن لم يكن في مجلس القضاء وقبل أن يتحاكما إليه أو يجلسا للحكومة مثل أن يسمعهما أو أحدهما يقر للآخر، فلما تقدما للحكومة أنكر وهو في ذلك شاهد. وقد اختلف إذا أقر بعد أن جلسا للخصومة ثم أنكر فقال ابن القاسم: لا يحكم بعلمه. وقال عبد الملك وسحنون: ابن عبد الحكم يحكم. ورأيا أنهما إذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ولذلك قصدا، وإن لم ينكر حتى حكم ثم أنكر بعد الحكم وقال ما كنت أقررت بشيء لم ينظر إلى إنكاره، وهذا هو المشهور من المذهب **(أو جعل بتة واحدة)** ابن القاسم: من طلق امرأته ألبتة فرفع لمن يراها واحدة فجعلها واحدة فتزوجها ألبات قبل زوج، فلمن ولي بعده أن يفرق بينهما، وليس هذا من الاختلاف الذي يقر الحكم به. وقال ابن عبد الحكم: لا ينقض ذلك كائناً ما كان ما لم يكن خطأً محضاً **(أو أنه قصد كذا فأخطأ ببينة)** ابن الحاجب: إن قامت بينة على أن للقاضي العدل فيما حكم فيه رأياً فحكم بغيره سهواً نقض حكمه. ابن عرفة: ذكره ابن محرز. انظر نصه بعد هذا عند قوله «أو رأى مقلده» **(أو ظهر أنه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين)** ابن الحاجب: لو ظهر أنه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين نقض الحكم بخلاف رجوع البينة **(أو فاسقين كأحدهما)** اللخمي: إن ثبت تقدم جرح البينة فقال مالك في كتاب الشهادات: ينقض الحكم. وقال في كتاب الحدود: يمضي وعلى هذا يجري إن ثبت أن بينهما وبينهم عداوة أو تهمة **(كأحدهما)** اللخمي: إن ثبت أن أحد الشاهدين عبد نقض الحكم. قاله مالك

إِلاَّ بِمَالٍ فَلاَ يُرَدُّ؛ إِنْ حَلَفَ، وَإِلاَّ أُخِذَ مِنْهُ: إِنْ حَلَفَ، وَحَلَفَ فِي الْقِصَاصِ خَمْسِينَ مَعَ عَاصِبِهِ، وَإِنْ نَكَلَ: رُدَّتْ، وَغَرِمَ شُهُودٌ عَلِمُوا، وَإِلاَّ فَعَلى عَاقِلَةِ الإِمَامِ،

مطلقاً أيضاً لأن أحكامه كلها باطلة لأنها بالتخمين، وإن كان يشاور العلماء تعقبت أحكامه وأمضى منها ما ليس فيه جور ونبذ الآخر. والثالث العدل العالم فلا تتعقب أحكامه ولا ينظر فيها إلا أن يرفع أحد قضيته ويذكر أنه حكم فيها بغير الصواب فينظر في تلك القضية وتنقض إن خالفت نصاً قاطعاً أو جلي قياس. قال في العمدة: وإذا حكم بحكم لم يكن له ولا لغيره نقضه إلا أن يحكم بجهل أو يخالف قاطعاً أو يكون جوراً بيناً انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: وفي مختصر الواضحة: وعلى القاضي إذا أقر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبينة، العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح، ولا تجوز ولايته أبداً ولا شهادته وإن أحدث توبة وصلحت حالته بما اجترم في حكم الله تعالى انتهى.

وأصحابه. ولو قيل يمضي كان له وجه بل هو أولى من إمضائه إن ثبتت جرحته لأن شهادة الفاسق مردودة اتفاقاً، والعبد أجاز شهادته علي وأنس وشريح وغيرهم، وإن ثبت أن أحدهم نصراني رد الحكم قولاً واحداً، وإذا ثبت أنهما أو أحدهما مولى عليه ففي كتاب ابن سحنون ينقض والنقض في هذا أبعد منه في العبد، وقد قال مالك وغيره من أصحابه: إن شهادة المولى عليه تجوز ابتداء وهو أحسن لأنه حر مسلم عدل ولا ترد شهادته بجهله بتدبير ماله. ابن عرفة: الروايات واضحة بأن كونهما صبيين أو أحدهما ككونهما أو أحدهما كافراً **(إلا بمال فلا يرد إن حلف وإلا أخذ منه إن حلفا)** من المدونة: إن حكم بمال ثم تبين أن أحدهما عبد أو ممن لا تجوز شهادته حلف الطالب مع الباقي، فإن نكل حلف المطلوب واسترجع المال، وإن شهد عليه بقطع يد رجل عمداً فاقتص منه ثم تبين أن أحدهما عبد أو ممن لا تجوز شهادته لم يكن على متولي القطع شيء وهذا من خطأ الإمام اهـ. نقل ابن يونس. وقال اللخمي: يريد إن لم يعلم الحر أن الذي معه عبد. ابن عرفة: استشكل قول المدونة أنه من خطأ الإمام ولم يقل يحلف المقتص له مع الشاهد الباقي كما قال في المال، لأن قوله فيها إن جراح العمد تثبت بالشاهد واليمين كالمال، ووجه بأن المال يمكن ردّه فكان المشهود له منتفع بيمينه فصح حلفه والقطع لا يمكن ردّه ولا نفع للمشهود له. اهـ. اهـ. ما ينبغي أن يكون به الفتوى **(وحلف في القصاص خمسين مع عاصبه وإن نكل ردّت وغرم شهود علموا وإلا فعلى عاقلة الإمام)** ابن سحنون: إن بان أن أحدهما عبد أو ذمي أو مولى عليه، فإن حلف المقضي له بالقتل مع رجل من عصبته خمسين يميناً تم الحكم ونفذ، وإن نكل المحكوم له بالقتل عن القسامة انتقض الحكم كأنه لم يكن. ابن شاس: إذا نكل المقضي له بالقتل عن القسامة فالنكول في مثل هذا ترد به الشهادة، وينقض به الحكم. اللخمي: قال أصحابنا: ولا غرم على الشاهد إن جهل ردّ شهادة العبد أو الذمي، وقال بعض أصحابنا: ذلك على عاقلة الإمام. ابن شاس: وقيل: إن ذلك هدر لا على الإمام لأنه لم يخطىء في نفس الحكم وقد فعل الذي عليه، ولا تباعة أيضاً على الشاهد ولا على المحكوم له. (وفي

فرع: اختلف في أحكام العمال؛ فظاهر قول مالك في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية أنها محمولة على الرد حتى يتبين أنها كانت أمضيت بحق فتجوز، وهو خلاف ما وقع من قوله في المدونة فيما قضت فيه ولاة المياه أن ذلك جائز إلا أن يكون جوراً بيناً، لأن هذا يقتضي أنها على الإجازة فلا ينظر فيها ولا تتعقب ما لم يتبين فيها الجور البين. وهذا الاختلاف إنما يصح في غير العدل من الولاة، فمرة رآها جائزة ما لم يتبين الجور وهو مذهب أصبغ، ومرة رآها مردودة ما لم يتبين فيها الحق وهذا هو اختيار ابن حبيب. وأما العدول منهم فلا اختلاف أن أحكامهم محمولة على الجواز وأنها لا يرد منها إلا ما تبين فيه الجور، ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على العدل، وما في سماع ابن القاسم على غيره، فلا يكون اختلاف من قول مالك.

فرع: قال ابن رشد: وإن جهل حاله فالذي أقول به أنه ينظر إلى الذي ولاه، فإن كان عدلاً فهو محمول على العدالة، وإن كان جائراً يولي غير العدول، فهو محمول على غير العدالة وإن كان غير عدل إلا أنه لا يعرف بالجور في أحكامه ولتوليته غير العدول جرى ذلك على الاختلاف في جواز أحكامه انتهى. وفي شرح مسلم للقرطبي في كتاب الإمارة في بعث معاذ وأبي موسى رضي الله عنهما إلى اليمين وقتل المرتد قال: وفيه ـ يعني الحديث ـ حجة على أن لولاة الأمصار إقامة الحدود في القتل والزنا وغير ذلك، وهو مذهب كافة العلماء مالك والشافعي وأبي حنيفة وغيرهم. واختلف في إقامة ولاة المياه وأشباههم لذلك؛ فرأى ذلك أشهب لهم إذا جعل ذلك الإمام لهم. وقال ابن القاسم نحوه. وقال الكوفيون: لا يقيمه إلا فقهاء الأمصار ولا يقيمه عامل السواد. واختلف في القضاة إذا كانت ولايتهم مطلقة غير مقيدة بنوع من الأحكام، فالجمهور على أن جميع ذلك لهم من إقامة الحدود وإثبات الحقوق وتغيير المنكر والنظر في المصالح، قام بذلك قائم أو اختص بحق الله، وحكمه عندهم حكم الوصي المطلق في كل شيء إلا ما يختص بضبطه بيضة الإسلام من إعداد الجيوش وجباية الخراج. انتهى ونحوه لعياض في الإكمال.

فرع: قال ابن رشد أيضاً: واختلف الشيوخ عندنا في أحكام ولاة الكور؛ فأمضاها أبو إبراهيم، ولم يجزها اللؤلئي حتى يجعل إليه مع القيادة والنظر في أمور الكورة النظر في الأحكام، واستحسن ابن أبي زمنين إذا كان للكورة قاضٍ قد أفرد للنظر في الأحكام أن لا يجوز حكم الولاة، وإن لم يكن لها قاض أن يجوز حكمهم لما للناس في ذلك من الرفق، وهذا أحسن الأقوال وأولاها بالصواب لأنه إذا ولي مع القائد حاكم فقد بان أنه حجر عليه الحكم في الأحكام، وإذا لم يول معه وجب أن يجوز حكمه كما قال مالك في ولاة المياه. انتهى من الرسم المذكور. وولاة المياه قال في التنبيهات: وولاة المياه البوادي الذين يسكنون

وَفِي الْقَطْعِ: حَلَفَ الْمَقْطُوعُ أَنَّهَا بَاطِلَةٌ. وَنَقَضَهُ هُوَ فَقَطْ؛ إِنْ ظَهَرَ أَنَّ غَيْرَهُ أَصْوَبُ، أَوْ خَرَجَ عَنْ

على المياه خلاف أهل الأمصار. انتهى. ص: **(وفي القطع حلف المقطوع أنها باطلة) ش:** يعني فإن كانت الشهادة في قطع فإن شهد أن هذا قطع يد هذا عمداً ثم تبين أن أحدهما عبد أو كافر أو صبي أو فاسق فإنه يحلف المحكوم له بالقصاص، فإن نكل حلف المقطوع يده على رد شهادة الشاهد واستحق دية يده. قال ابن عبد السلام: وحكمها حكم الدية في المسألة الأولى يعني مسألة القصاص فيكون الحكم على ما قال المصنف أن الغرم على الشهود إن علموا وإلا فعلى عاقلة الإمام. وفي كتاب الحدود من المدونة: وإن شهدا عليه بقطع يد رجل عمداً فاقتص منه ثم تبين أن أحدهما عبد أو من لا تجوز شهادته، لم يكن على متولي القطع شيء. قال: وهذا من خطأ الإمام. قال أبو الحسن في المهمات: قلت: فهل للمقتص منه على الذي اقتص له شيء؟ انتهى. قال: لم اسمع عن مالك فيه شيئاً. قلت: فهل على الذي اقتص شيء؟ قال: لا وهذا من خطأ الإمام. اللخمي: يريد إذا لم يعلم الحر أن الذي معه عبد. انتهى. ص: **(ونقضه هو فقط إن ظهر إن غيره أصوب الخ) ش:** هذا ما دام على ولايته التي حكم فيها بذلك الحكم. قال في وثائق الجزيري: وللقاضي الرجوع عن حكمه فيما فيه الاختلاف ما دام على خطته، وليس لمن ولي بعده نقض ذلك الحكم إذا وافق منه قول قائل وإن كان ضعيفاً، وكذلك ليس له هو نقضه إن عاد إلى الحكم بعد العزل، وللقاضي فسخ حكم قاضٍ حكم على من بينه وبينه عداوة أو بين أبويهما أو بين الحاكم وأبي المحكوم عليه ولا ينفذ حكمه عليه، وكذلك حكم الشهادة عليه وإن كان أعدل خلق الله. وقد قال ابن القاسم: لا تجوز شهادته عليه ولو كان مثل سليمان. ابن القاسم: وكان سليمان هذا في غاية من الزهد والورع. ولو كانت العداوة في الله لجازت أحكامه وشهادته انتهى. وقال في المتيطية في كتاب الأقضية:

القطع حلف المقطوع أنها باطلة) تقدم قبل قوله «وحلف في القصاص أن المقتص له لا يحلف مع شاهده لأنه لا نفع له، وهذا فرع أن المقطوع لا يحلف. وبالجملة فالأقوال في هذا الفرع ستة وفيما تقدم قبل قوله «وحلف في القصاص» كفاية بالنسبة لمقصدي **(ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب)** من المدونة قال مالك: يرى للقاضي بقضية تبين له أن الحق غير ما قضى به أصوب أن يرد قضيته ويقضي بما رأى بعد ذلك ولو كان ما قضى به مما اختلف فيه. قال: إنما قال إن تبين له أن الحق غير ما قضى به رجع فيه، وإنما لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف فيه. ابن العربي: إذا قضى القاضي بقضية جائز أن يرجع عنها، وأما رد غيره لحكمه فلا يجوز إلا أن يكون جوراً بيناً أو بخلاف شاذ **(أو خرج عن رأيه)** ابن رشد: إن رأى خلاف ما قضى به باجتهاده فالمشهور إن رأى ما هو أحسن نقضه ورجع إلى ما رأى ما دام في ولايته ولو كان قضاؤه أولاً مما اختلف فيه، وهذا إذا قضى وهو يراه باجتهاده يوم قضائه، وأما لو قضى به جهلاً أو نسياناً فلا يسمع خلاف في وجوب الرجوع

رَأْيِهِ، أَوْ رَأْيِ مُقَلِّدِهِ، وَرَفَعَ الخِلاَفَ؛ لاَ أَحَلَّ حَرَاماً،

للقاضي الرجوع عما حكم به وقضى فيه مما فيه اختلاف بين أهل العلم وفيما تبين له فيه الوهم ما دام على قضائه، فإن عزل أو مات نفذ حكمه ولم يكن لغيره فسخه ما لم يتبين فيه جوراً ويكون قد قضى بخطأ لا اختلاف فيه بين أهل العلم، وما حكم فيه مما فيه اختلاف وإن كان وجهاً ضعيفاً فلا يحل لأحد سواه فسخه. قال ابن القاسم: وكذلك إن عزل القاضي ثم صرف إلى خطة فليس له أن ينقض ما حكم به إلا ما يكون له من نقض قضاء غيره وعزله وتوليته كعزله وتوليته غيره. ثم نقل عن ابن عبد الحكم أنه ليس له رجوع عما حكم به، ثم ذكر أن الخلاف إنما هو إذا حكم بذلك وهو يراه باجتهاده. وأما إن قضى بذلك وهلاً أو نسياناً أو جهلاً فلا ينبغي الخلاف في أنه يجب عليه أن يرجع عنه إلى ما رأى إذ قد تبين له الخطأ انتهى. وقال البرزلي في أوائل مسائل القضاء: ابن يونس في المجموعة عن أشهب: إذا اشتكى رجل القاضي أنه جار عليه وحكم عليه بغير الحق فيكشف عن ذلك، فإن أخطأ في رأيه وتبين للعلماء نهاه عن إنفاذه، وإن خف على الإمام جمعهم عنده فعل وإلا أقعد معه رجالاً من أهل العلم والصلاح ويأمرهم بالنظر فيه ولا ينفرد دونهم، ولا ينفعه قوله «كنت حكمت قبل قعودهم» لأنه مدع إلا أن يقيم بينة أنه كان حكم فينظر في ذلك الإمام؛ فإن كان صواباً أو فيه خلاف مضى وإلا فسخ انتهى. ص: (**ورفع الخلاف لا أحل حراماً**) ش: قال في النوادر في كتاب الأقضية في ترجمة ما يحل بحكم الحاكم: ولو طلق امرأته ألبتة فخاصمته إلى من يراها واحدة والزوجة مذهبها إنها ثلاث والزوج أيضاً ممن يرى أن ألبتة ثلاث، فلا يحل للزوج أن يقربها حتى تنكح زوجاً غيره ولا يبيح له الحاكم أن تمكنه من نفسها حتى تنكح زوجاً غيره من قبل أن الحكم لا يحل لهما ما هو عليهما حرام. وكذلك لو قال لعبده اسقني الماء يريد بذلك عتقه والسيد يرى أنه لا يلزمه في مثل هذا عتق وإن نواه والعبد يراه عتقاً، فللعبد في هذا أن يذهب حيث شاء بما حكم له. ولو قال لزوجته اختاري فقالت قد اخترت نفسي وهي

عنه إلى ما رأى. وانظر عند قوله: «وإنه قصد كذا فأخطأ» فقد تقدم أن غيره ينقضه فمن باب أولى هو (**أو رأى مقلده**) ابن رشد: إن لم يكن مجتهداً وقضى به تقليداً فلا يسع الخلاف في أنه لا يصح له الرجوع عنه إلى تقليد آخر. ابن محرز: وإن قصد إلى الحكم بمذهب فصادق غيره سهواً فهذا يفسخه هو دون غيره إذا كان ظاهره الصحة لجريانه على مذهب العلماء، ووجه غلطه لا يعرف، إلا من قوله إلا أن تشهد بينة أنها علمت قصده إلى الحكم بغيره فوقع فيه فينقضه من بعده كما ينقضه هو (**ورفع الخلاف**) انظر الفرق السابع والسبعين بين قاعدة الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم ويتعين الحكم الواحد، إذا حكم الحاكم من قواعد القرافي (**لا أحل حراماً**) ابن رشد: حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً على من علمه في باطن الأمر، لأن الحاكم إنما يحكم بما

وَنَقْلُ مِلْكٍ، وَفَسْخُ عَقْدٍ، وَتَقَرُّرُ نِكَاحٍ بِلاَ وَلِيٍّ: حُكْمٌ،

تذهب إلى أن الخيار ثلاث والزوج يراه واحدة، فإن الحكم لا يبيح للمرأة أن تمكن الزوج منها ولتمنعه جهدها، ولو رفعها إلى قاض يرى الخيار طلقة فارتجعها الزوج فلا يبيح لها الحكم ما هو عندها حرام، ولا يحل لها أن يأتيها الزوج إلا وهي كارهة. انتهى. ص: **(ونقل ملك وفسخ عقد وتقرر نكاح بلا ولي حكم)** ش: تصوره واضح. قال في تبصرة ابن فرحون في الفصل الثاني من القسم الأول من الركن السادس في كيفية القضاء ما نصه: اعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ وذلك في مسألة مختلف فيها ومثار الخلاف فيهما اجتهادي أي ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ. وأما ما يتبع ذلك من الأحكام والعوارض فذلك القاضي بالنسبة إليها كالمفتي، وكذلك لو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ في ولاية ذلك القاضي ولم ترفع إليه أو رفعت إليه ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات، فإنها تحتاج إلى إنشاء نظر آخر من القاضي الأول أو من القاضي الثاني، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات لا بالكليات انتهى.

فرع: إذا باع الحاكم على مفلس أو يتيم أو فعل عقداً من العقود، فهل ذلك حكم منه بذلك الفعل أم لا؟ الظاهر أنه ليس بحكم وقد نقل في التوضيح في بيع البراءة عن المازري

ظهر وهو الذي يتعبد به ولا ينقل الباطل عند من علمه عما هو عليه من تحليل أو تحريم. قال الله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام﴾ [البقرة: ١٨٨] وفي الحديث «لعل بعضهم أن يكون الحن بحجته من بعض» وهذا إجماع من أهل العلم في الأموال، وإنما اختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقدها بظاهر ما يقضي به الحكم، وهذا خلاف الباطن فذهب مالك والشافعي وجمهور أهل العلم إلى أن الأموال والفروج سواء. وقال أبو حنيفة وكثير من أصحابه: إن ذلك في الأموال خاصة، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة بالزور على رجل أنه طلق امرأته فقبل القاضي شهادتهما لظاهر عدالتهما عنده، وفرق بين الرجل والمرأة أنه يجوز لأحد الشاهدين أن يتزوجها وهو عالم بأنه كاذب في شهادته واحتجوا بحكم اللعان. وقال ابن شاس: إنما القضاء إظهاره لحكم الشرع لا اختراع له، فلا يحل للمالكين شفعة الجار إن قضى له بها الحنفي. وتبعه ابن الحاجب. قال ابن عبد السلام: هكذا قالوا. ابن عرفة: ظاهر قوله «هكذا قالوا» أن المذهب هو ما قاله ابن الحاجب وليس كذلك راجعه فيه **(ونقل مالك أو فسخ عقد أو تقرر نكاح بلا ولي حكم)** ابن شاس: ما قضى به الحاكم من نقل الأملاك وفسخ العقود ونحو ذلك فلا شك في كونه حكماً، فأما إن لم يكن تأثير القاضي في الحوادث أكثر من إقرارها لما رفعت إليه مثل أن يرفع إليه نكاح امرأة زوجت نفسها بغير ولي فأقره وأجازه ثم عزل وجاء غيره، فهذا مما اختلف فيه، فقال ابن القاسم: طريقه طريق الحكم وإمضاؤه والإقرار عليه كالحكم بإجازته ولا سبيل إلى نقضه، واختاره ابن محرز. اللخمي: قول ابن القاسم

لاَ أُجِيزُهُ، أَوْ أَفْتى،

ما يقتضى ذلك والله أعلم. وانظر تبصرة ابن فرحون فإنه نقل عن القرافي أن ما تولاه من العقود من بيع أو نكاح من في ولايته ليس بحكم.

فرع: قال ابن رشد في نوازله: إشهاد القاضي على نفسه بثبوت العقد عنده حكم بعدالة البينة عنده، فلا يلزم أن يعيد الشهود شهادتهم عند غيره لأن ذلك يوجب أن لا يحكم بشهادتهم إلا بعد علمه بعدالتهم أو بعد تزكيتهم عنده، وإذا ثبت عنده أن القاضي الأول أشهد بثبوت العقد عنده قضى بشهادتهم بعد الإعذار دون تزكية وإن لم يعرف عدالة انتهى. ووقع في كلامه بعد ذكره مسألة تخالف ما ذكره في هذه المسألة.

مسألة: سئلت عن مسألة وهي ما إذا أسند شخص وصيته على أولاده إلى شخص وأثبت ذلك حاكم مالكي وحكم به، فهل للحاكم الحنفي أو غيره أن يثبت رشد ذلك المحجور ويفك عنه الحجر؟ فأجبت بأنه إذا حكم المالكي بصحة الوصية فلا ينافي ذلك حكم الحنفي أو غيره بفك الحجر عنده بما يوجب ذلك، وأما إذا حكم المالكي بموجب الوصية فللحنفي إذا أنس منه الرشد وثبت ذلك عنده أن يحكم بفك الحجر لثبوت الرشد عنده، وأما إذا أراد أن يفك الحجر بغير ذلك كما يذكر عن الحنفية أن الشخص إذا بلغ خمساً وعشرين سنة انفك عنه الحجر وإن لم يؤنس رشده، فليس له ذلك لأن ذلك مناف لحكم المالكي بموجب الوصية لأن من موجبها أنه لا ينفك عنه الحجر إلا بإيناس الرشد فتأمله والله أعلم.

فرع: قال القرافي في الفرق الثالث بعد المائتين: الإقطاع حكم من أحكام الأئمة لا

أحسن. ابن العربي: إن ترك القاضي الحكم بمسألة فرأى ابن القاسم بفقهه أن يمضي حكمه بالترك، فإنه حكم صحيح كتركه فسخ نكاح المحرم ونكاح من حلف بطلاق قبل الملك ونحوه. ابن عرفة: قول ابن القاسم جارٍ على القول ببقاء الاعتراض وجمهور أهل السنة على خلافه **(لا لا أجيزه)** ابن شاس: أما لو رفع هذا النكاح إلى قاض فقال لا أجيز النكاح بغير ولي من غير أن يحكم بفسخ هذا النكاح بعينه، فإن هذا ليس بحكم ولكنه فتوى ويكون لمن يأتي بعده أن يستقبل النظر فيه. ابن عرفة: مقتضى جعله فتوى لمن ولي بعده نقضه، والظاهر أنه لا يجوز للثاني نقضه لأن قول الأول «لا أجيزه ولا أفسخه» حكم منه بأنه مكروه والكراهة أحد أقسام الشرع الخمس يجب رعي كل حكم منها ولازمه، وحكم المكروه عدم نقضه بعد وقوعه، انظر الشيء يذكر بالشيء كثيراً ما يعرض ترك الإشهاد على الولي في المراجعة. قال شيخ الشيوخ ابن لب: قد روى أبو قرة عن مالك صحتها وثبوتها بخلاف النكاح ابتداء ينعقد بغير ولي فلا يصح. قال والفرق أن طلب الولاية إنما هو لتحصيل الكفاءة فينظر الولي فيها، وقد حصل ذلك قبل: المراجعة في النكاح المنعقد وينضم لهذه الرواية عاضداً لها مراعاة قول الحنفية **(أو أفتى)** ابن الحاجب: فتواه في واقعة واضحة أنه ليس بحكم. ابن عرفة: جزم القاضي بحكم شرعي على وجه مجرد إعلامه به فتوى لا حكم وجزمه به على وجه الأمر به حكم.

وَلَمْ يَتَعَدَّ لِمُمَاثِلٍ؛ بَلْ إِنْ تَجَدَّدَ، فَالاجْتِهَادُ كَفَسْخٍ بِرَضْعِ كَبِيرٍ، وَتَأْبِيدِ مَنْكُوحَةٍ عِدَّةٍ، وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَلاَ يَدْعُو لِصُلْحٍ، إِنْ ظَهَرَ وَجْهُهُ، وَلاَ يَسْتَنِدُ لِعِلْمِهِ؛ إِلاَّ فِي التَّعْدِيلِ وَالجَرْحِ: كَالشُّهْرَةِ بِذٰلِكَ،

ينقض. وذكره في الذخيرة في باب إحياء الموات والله أعلم. ص: **(كفسخ برضاع كبير وتأبيد منكوحة عدة)** ش: ما ذكره ابن عرفة من البحث مع ابن شاس وتفريقه بين المثالين ظاهر، لأن حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح مستلزم لحكمه لتحريم رضاع الكبير إذ لا موجب للفسخ سواه، فحكم الثاني بصحة النكاح الثاني رافع لحكم الأول بتحريم رضاع الكبير فلا يصح حكمه بذلك بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة فإنه لا يستلزم الحكم بتأبيد حرمتها، لأن الفسخ لكون النكاح في العدة فاسداً وتأبيداً التحريم أمر وراء ذلك اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح في العدة أم لا. وأما الفسخ فلا تعلق له به. نعم وقع في عبارة ابن شاس التي نقلها الجماعة عنه منهم ابن عرفة أن للقاضي فسخ نكاح المعتدة وحرمتها. فإن كان مرادهم بقولهم حرمتها أنه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر، وإن كان مرادهم إن القاضي حكم بتأبيد تحريمها فكيف يصح حكم القاضي الثاني بصحة النكاح الثاني؟ ولعلهم فهموا المعنى الأول، وأما على المعنى الثاني فلا يجوز للقاضي الثاني أن يحكم بصحة النكاح الثاني.

(ولم يتعد لمماثل بل إن تجدد بالاجتهاد كفسخ برضاع كبير وتأبيد منكوحة عدة وهي كغيرها في المستقبل) ابن شاس: إن كان حكم الأول باجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ليس نقل مالك من أحد الخصمين إلى الآخر، ولا فصل حكومة بينهما، ولا إثبات عقد بينهما، ولا فسخه، مثل أن يرفع إلى قاضٍ رضاع كبير فيحكم بأن رضاع الكبير يحرم ويفسخ النكاح من أجله، فالقدر الذي ثبت من حكمه هو فسخ النكاح فحسب، وأما تحريمها عليه في المستقبل فإنه «يثبت بحكمه بل يبقى ذلك معرضاً للاجتهاد فيه. وكذلك لو رفع إليه حال امرأة نكحت في عدتها ففسخ نكاحها وحرمها على زوجها. لكان القدر الذي ثبت من حكمه فسخ النكاح فحسب، وأما تحريمها عليه في المستقبل فمعرض للاجتهاد، ومن هذا الوجه أن يحكم بنجاسة ماء أو طعام أو شراب أو تحريم بيع أو نكاح أو إجارة، فإنه لا يثبت حكم في ذلك الحبس من العقود ولا البياعات على التأبيد وإنما له أن يغير من ذلك ما شاهده، وما حدث بعد ذلك فإنه معرض لمن يأتي من الحكام والفقهاء **(ولا يدعو لصلح إن ظهر وجهه)** انظر عند قوله «وأمر بالصلح ذوي الفضل» **(ولا يستند لعلمه)** هذا توطئة لما بعده إذا تقدم قوله «أو بعلم سبق مجلسه» **(إلا في التعديل والتجريح)** أبو عمر: أجمعوا أن له أن يعدل أو يجرح بعلمه وأنه إن علم أن ما شهد به الشهود على غير ما شهدوا أنه ينفذ علمه ويرد شهادتهم بعلمه. سحنون: ولو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة وأنا أعلم خلاف ما شهدوا به لم يجز أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردهما لعدالتهما، ولكن ارفع ذلك إلى الأمير الذي فوقي وأشهد بما علمت وغيري بما علم، ولو شهد شاهدان ليسا بعدلين على ما أعلم أنه حق لم أقض بشهادتهما **(كالشهرة بذلك)** من المدونة.

أَوْ إِقْرَارِ الخَصْمِ بِالْعَدَالَةِ، وَإِنْ أَنْكَرَ مَحْكُومٌ عَلَيْهِ إِقْرَارَهُ بَعْدَهُ: لَمْ يُفِدْه، وَإِنْ شَهِدَا بِحُكْمٍ نَسِيَهُ أَوْ

تنبيه: لو رفع نكاح الناكح في العدة لقاضٍ ففسخ ثم تزوجها ذلك الزوج بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه، فرفع ذلك لقاضٍ يرى تأبيد تحريمها ففسخ النكاح حينئذ ولا يصح لقاضٍ آخر أن يحكم بصحة نكاحها بعد ذلك، لأن فسخ هذا النكاح الثاني مستلزم للحكم بتأبيد تحريمها على الناكح في العدة إذ لا مقتضى للفسخ سواه فتأمله والله أعلم. ص: **(أو أقر الخصم بالعدالة)** ش: انظر ابن عرفة ورسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم من الشهادات، وتقدم كلام ابن رشد على مسألة الرسم المذكور وما حصله في ذلك في باب الإقرار عند قول المصنف «لو شهد فلان غير العدل». ص: **(وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعده لم يفده)** ش: تقدم كلام التوضيح عند قول المصنف «وشهوداً» أن الخصم إذا أقر عند الحاكم فالمشهور أنه لا يحكم عليه ابتداء بما أقر به عنده في مجلسه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان، ومقابله أن له ذلك وكلام المصنف هذا بعد الوقوع والنزول وهو فيما إذا أقر عنده وحكم عليه قبل أن يشهد على إقراره فأنكر الخصم الإقرار. والمعنى أن الحاكم إذا حكم مستنداً لإقرار المحكوم عليه في مجلسه من غير أن يشهد على إقراره مقلداً للقول بجواز ذلك، فإن حكمه بذلك لا ينقض كما تقدم. فإذا قال الحاكم حكمت عليه بمقتضى إقراره عندي فقال المحكوم عليه لم أقر عنده، فلا يفيده ذلك والقول قول الحاكم. هكذا فرض المسألة في التوضيح

قال مالك: من الناس من لا يسأل عنه ولا تطلب فيه تزكية لعدالتهم عند القاضي. قال ابن عبد الحكم: من الناس من لا يحتاج أن يسأل عنه لاشتهار عدالته، ومنهم من لا يسأل عنه لشهرته بغير العدالة، وإنما يكشف عمن أشكل عليه. وقد شهد ابن أبي حازم عند قاضي المدينة فقال: أما الإسلام فاسمه عدل ولكن من يعرف أنك ابن أبي حازم فأعجب ذلك مشايخنا. ابن عرفة: وذكر لي بعض شيوخي أن البرقي فقيه المهدية شهد في مسيره إلى الحج عند قاضي الإسكندرية، فلما قرأ اسمه قال: أنت البرقي فقيه المهدية؟ فقيل له: نعم. فطلب المشهود له البينة على أنه هو وحكم بشهادته دون طلب تعديله **(أو إقرار الخصم بالعدالة)** ابن الحاجب: لو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصة. ابن عرفة: لا أعرف هذا الفرع لأحد من أصل المذهب، وفي جريه على أصل المذهب نظر، لأنه إقرار متناقض فيجب طرحه. فإن قلت: فقد قال في الكافي إن لم يعرف القاضي الشهود واعترف المشهود عليه بعدالتهم قضى بهم إن لم يكذبهم ولا يقضى بهم على غيرهم. قلت: قوله «إن لم يكذبهم» صير المسألة إلى باب الإقرار. وقال أصبغ: إذا رضي الخصمان بشهادة من لا يعرفه القاضي لم يحكم بها. وانظر من نوع هذا عدّل قاض شهوداً فشهدوا عليه أن فيه جرحة أو شهد أيضاً على مزكيه أن فيه جرحة قال البرزلي: لا تجوز شهادتهم لأن القدح في الأصل قدح في الفرع **(وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعده لم يفده)** تقدم أن هذا هو المشهور. انظر عند قوله «أو بعلم سبق مجلسه» **(وإن شهد بحكم نسيه أو أنكره أمضاه)** اللخمي: لو أنكر الحاكم والمحكوم عليه الحكم وقال ما حكمت بهذا

أَنْكَرَهُ: أَمْضَاهُ وَأَنْهَى لِغَيْرِهِ بِمُشَافَهَةٍ، إِنْ كَانَ كُلٌّ بِوِلَايَتِهِ،

وغيره. قال في النوادر: فإن جهل وأنفذ عليه هو حكمه بما أقر به عنده في مجلس الحكم ولم يشهد عليه بذلك غيره فلينقض هو ذلك ما لم يعزل، فأما غيره من القضاة فلا أحب له نقضه في الإقرار خاصة في مجلس القضاء، وأما ما كان قبل أن يستقضي أو رآه وهو قاضٍ أو سمعه من طلاق أو زناً أو غصب أو أخذ مال فلا ينفذ منه شيء، فإن نفذ منه شيء فلا ينفذه أحد غيره من الحكام ولينقضه انتهى.

فرع: فإذا أنكرت البينة أن تكون شهدت عند القاضي بما حكم به وهو يقول شهدتم وحكمت بشهادتكم فاختلف في ذلك؛ قال في النوادر في كتاب أدب القضاة في ترجمة القاضي يقول حكمت لفلان ما نصه: قال ابن القاسم في المجموعة في القاضي يقول لرجل قضيت عليك بكذا بشهادة عدول فأنكر، وقال ما شهدوا عليَّ وسأل الشهود فأنكروا فقال القاضي قد نزعوا قال: يرفع ذلك إلى سلطان غيره، فإن كان القاضي ممن يعرف بالعدل لم ينقض قضاؤه أنكر الشهود أو ماتوا، وإن لم يعرف بالعدالة لم ينفذ ذلك وابتدأ السلطان النظر في ذلك. وقاله سحنون. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء انتهى. وقال اللخمي: إن أنكرت البينة أن تكون شهدت عليه بتلك الشهادة كان فيها قولان. هل يقبل قولهما وينقض الحكم أو يمضي ويعد ذلك منهما رجوعاً؟ وقال ابن القاسم: يرفع ذلك الأمر إلى السلطان، فإن كان القاضي عدلاً لم ينقض قضاؤه. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء. وقال ابن المواز في كتاب الرجوع عن الشهادة: إذا حكم القاضي بشهادة رجلين على رجل بمائة دينار ثم أنكر الشاهدان وقالا إنما شهدنا بالمائة للآخر المحكوم عليه والقاضي على يقين أن الشهادة كانت على ما حكم قال: فعلى القاضي أن يغرم المائة للمحكوم عليه لأن الشهود شهدوا بخلاف قوله، ولا يجوز للقاضي أن يرجع على المشهود له لأنه يقول حكمت بحق، وهذا خلاف قول ابن القاسم لأنه نقض الحكم فيما بين الحاكم والمحكوم عليه وأغرم المال برجوع البينة، وينبغي على أصله إذا كان الحاكم فقيراً أن ينتزع المال من المحكوم له ويرد إلى المحكوم عليه إذا رفع ذلك إلى حاكم غير الأول. انتهى.

قلت: وهذا القول غير ظاهر والله أعلم. ثم قال اللخمي: وإن قال القاضي أنا أشك أو وهمت، نقض الحكم فيما بين المحكوم له والمحكوم عليه ويرجع الأمر إلى ما تقوله البينة الآن،

فشهدت بينة بحكمه له وجب تنفيذه. ابن عرفة: وقاله ابن القاسم وابن وهب. وفي التلقين: إن نسي الحاكم حكماً حكم به فإن شهد عنده عدلان به أنفذ شهادتهما. قال في فروقه: بخلاف إذا شهد شهود الفرع ونسي الشهادة شاهد الأصل قال: وفي كلا الموضعين فهو نقل عن الغير المازري: هذا مذهب مالك خلافاً للشافعي (**وأنهى لغيره بمشافهة إن كان كل بولايته**) ابن شاس: الركن الثالث يعني في القضاء على الغائب في إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر وذلك بالإشهاد والكتابة والمشافهة،

وَبِشَاهِدَيْنِ مُطْلَقاً. وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ خَالَفَا كِتَابَهُ، وَنُدِبَ خَتْمُهُ، وَلَمْ يُفِدْ وَحْدَهُ، وَأَدَّيَا، وَإِنْ

ويكون على المحكوم له أن يغرم مائتين المائة التي قبض والمائة التي شهدت بها البينة. انتهى ص: **(وشاهدين مطلقاً)** ش: قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: والأصل في هذا أن قول القاضي مقبول فيما أخبر أنه ثبت عنده أو قضى به ينفذ ما أشهد به من ذلك على نفسه ما دام قاضياً لم يعزل انتهى.

تنبيه: قوله: «مطلقاً» يقتضي أنه لا يثبت حكم الحاكم إلا بشاهدين ولو كان المحكوم به مالاً وهو مخالف لما سيقوله في الشهادة، فينبغي أن يقيد بذلك. ونقل الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر النكاح الثاني عن ابن رشد أنه قال: المشهور أن حكم الحاكم في المال يثبت بالشاهد واليمين والله أعلم ص: **(ولم يفده وحده)** ش: يعني أن كتاب القاضي لا يفيد وحده دون إشهاده أن ما فيه حكمه أو أنه خط. قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: ولا

فلو شافه القاضي قاضياً آخر لم يكف لأن أحدهما في غير محل ولايته فلا ينفع سماعه أو إسماعه إلا إذا كانا قاضيين ببلدة واحدة وتناديا من طرفي ولايتهما فذلك أقوى من الشهادة فيعتمد. وفي نوازل ابن سهل: رأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضي المحتل بغير بلده لقاضي البلد الذي احتل فيه وينفذ ويرونه كمخاطبته إياه. وقال ابن عبد الحكم: ليس للقاضي إذا حل بغير عمالته أن يسمع من بينة أو يشهد على كتابه أو يكتب إلى غيره من القضاة. راجع المتيطي فإنه نقل عن أصبغ وابن عات من هذا المعنى **(وبشاهدين مطلقاً)** في نوازل سحنون: لا يثبت كتاب قاض للقاضي في الزنا إلا بأربعة شهود على أنه كتابه. ابن رشد: على قول ابن القاسم يجوز أن يشهد اثنان وهو القياس والنظر، وأما بالشاهد واليمين فلا يثبت بهما كتاب القاضي اتفاقاً **(واعتمدا عليها وإن خالفا كتابه وندب ختمه)** ابن شاس: يستحب للقاضي إذا أشهد على كتابه وخاتمه أن يكتب ذلك في كتاب مختوم والاعتماد على الشهادة، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب جاز إذا طابق الدعوى **(ولم يفد وحده)** ابن شاس: الكتاب المجرد من غير شهادة على القاضي لا أثر له. ابن رشد: مذهب ملك الذي لا خلاف فيه أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في كتاب قاض إلى قاض بالحكم. ابن عرفة: ثبوت الحكم بالشهادة على خط القاضي أقوى من ثبوته بالشهادة على خط البينة بشهادتهما على القاضي، لأن ثبوته بالشهادة على خط القاضي مما له توقف على مجرد الشهادة على الخط فقط، وثبوته بالشهادة على خط البينة مما له توقف الشهادة على الخط مع شهادة البينة على القاضي، وما توقف على أمر واحد فقط أقوى مما يتوقف عليه مع غيره. وقال ابن المناصف: اتفق أهل عصرنا على قبول كتب القضاة في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي، ولا يستطيع أحد فيما أظن على صرفهم عنه انتهى. راجع أنت المطولات في هذا كله، فإنما قصدي أن أشير إلى بعض ما قيل تنشيطاً لمراجعة الفقه في أماكنه، ولابن عاصم في أرجوزته: والعمل اليوم على قبول ما خاطبه قاض بمثل «اعلما» قال ابنه: تقييد العمل باليوم يؤذن بخلاف ذلك قبل وذلك صحيح فقد كان العمل باستصحاب شاهدي عدل كتاب القاضي إلى المكتوب بعد أن كان العمل قبل ذلك بالاكتفاء بالكتاب المختوم **(وأديا وإن عند**

عِنْدَ غَيْرِهِ، وَأَفَادَ، إِنْ أَشْهَدَهُمَا أَنَّ مَا فِيهِ حُكْمُهُ، أَوْ خَطُّهُ. كَالإِقْرَارِ وَمَيِّزَ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنَ آسْمٍ وَحِرْفَةٍ وَغَيْرِهِمَا يُنَفِّذُ الثَّانِي، وَبَنَى كَأَنْ نُقِلَ لِخِطَّةٍ أُخْرَى

يكتفي في ذلك بالشاهد الواحد ولا بالشهادة على أن الكتاب بخط القاضي ولا أن الختم ختمه. وهذا في الكتب التي تأتي من كورة إلى كورة، ومن مثل مكة إلى المدينة وأما إذا جاء من أعراض المدينة إلى قاضيها كتاب بغير بينة فإنه يقبله بمعرفة الخط والختم وبالشاهد الواحد إذا لم يكن هو صاحب القضية لقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدي. قاله ابن حبيب. وقال ابن كنانة وابن نافع في الحقوق اليسيرة خلاف ظاهر قول ابن حبيب، وقد كان يعمل فيما مضى بمعرفة الخط والختم دون بينة حتى حدث اتهام الناس. قال في رسم الأقضية من سماع أشهب من الوصايا: أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته. وفي البخاري: أول من سأل البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى وسوار بن عبد الله العبدي: ذكره في الكلام على فرض القاضي للزوجة نفقتها ثم يموت في كتاب النفقات من المدونة. والمسألة تكلم عليها ابن رشد في أول مسألة من رسم جاع فباع من كتاب عيسى من سماع الشهادة والله أعلم انتهى.

غيره) ابن شاس: للشاهد على الحكم أن يشهد عند المكتوب إليه وعند غيره وإن لم يكتب القاضي في كتابه إلى من يصل إليه من القضاة.، وقال مالك في المدونة: وفي سماع ابن القاسم: إن مات القاضي المكتوب إليه كتاباً من قاض آخر فعلى من ولي بعده إنفاذ الكتاب. ابن رشد: اتفاقاً إذا ثبت الكتاب عنده بشاهدين أنه كتابه. قاله ابن القاسم **(وأفاد إن أشهدهما أن ما فيه حكمه أو خطه كالإقرار)** ابن شاس: لو قال القاضي أشهدكما على أن ما في الكتاب خطي كفى ذلك على إحدى الروايتين، وكذلك لو قال ما في كتابي حكمي، وكذلك لو قال في الإقرار أشهدك على ما في القبالة وأنا أعلم به كفى حتى إذا حفظ الشاهد القبالة وما فيها وشهد على إقراره جاز أيضاً على إحدى الروايتين عن مالك، ووجه الجواز أن الإقرار بالمجهول صحيح. وقال الباجي: اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً وقال اشهدوا عليّ بما فيه أو كتب الحاكم كتاباً إلى حاكم وختمه وأشهد الشهود به ولم يقرأه عليهم فقال: الشهادة جائزة. وقال أيضاً: لا يشهدوا به إلا أن يقرؤه عند تحمل الشهادة **(وميز فيه ما يتميز به من اسم وحرفة وغيرهما)** ابن شاس: وليذكر في الكتاب اسم المحكوم عليه واسم أبيه وجده وحليته ومسكنه وصناعته أو تجارته أو شهرة له إن كان بحيث يتميز بذلك، فإن كان في ذلك البلد رجال يلائمونه في ذلك كله لم يحكم له حتىٰ يأتي ببينة تعرف أنه المحكوم عليه بعينه، ولو كان أحد الملائمين قد مات لم يستحق على الحي منهما ما في الكتاب حتى تشهد البينة أنه الذي استحق عليه إلا أن يطول زمن الميت ويعلم أنه ليس المراد بالشهادة لبعده فيلزم الحي **(فنفذه الثاني وبنى)** ابن الحاجب: لو اقتصر الأول على سماع البينة وأشهد بذلك وجب على المنهي إليه الإتمام. ابن عرفة: هذ نقل ابن رشد في سماع ابن القاسم **(كأن نقل لخطة أخرى)** من المدونة: إن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب لمن ولي بعده أنفذه من وصل إليه وإن كان إنما

وَإِنْ حدًّا، إِنْ كَانَ أَهْلاً أَوْ قَاضِيَ مِصْرٍ، وَإِلاَّ فَلاَ: كَأَنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ مَيِّتاً؛ وَإِنْ لَمْ يُمَيِّزْ: فَفِي إِعْدَائِهِ أَوْ لاَ حَتَّى يُثْبِتَ أَحَدِيَّتَهُ: قَوْلاَنِ،

ثم قال: وإذا كتب إليه يسأله عن الشاهد الذي شهد عنده اكتفي في جوابه بمعرفة الخط دون الشهادة على الكتاب. قاله ابن حبيب. ما لم يكن فيما سأله عنه فكتب إليه فيه قضية قاطعة، والقياس أنه لا يكتفي بشيء من ذلك إلا بمعرفة الخط إلا فيما قرب من أعراض المدينة على ما تقدم. انتهى ص: **(كأن شاركه غيره) ش:** قال البرزلي في مسائل النكاح: من شهد عليه بحق فأنكر أن يكون هو المشهود عليه، فذكر ابن رشد أن الأصل أنه هو إذا كان موافقاً لما في الوثيقة حتى يثبت أن ثم غيره على صفته ونسبه فيكون حينئذ الإثبات على الطالب في تعيينه دون غيره. وأحفظ في بعض نوازل ابن الحاج أن الحق يلزم جميع من كان على تلك الصفة اتحد أو تعدد انتهى. قوله: «فيكون حينئذ الإثبات على الطالب» يعني فإذا أثبت أن ثم غيره

كتب لغيره. المازري: اختيار بعض الشيوخ عدم تسمية المكتوب إليه. ابن سهل: سألت ابن عات عن الحاكم يرفع إلى خطة القضاء هل يستأنف ما كان بين يديه من الأحكام لم يكملها أو يصل نظره فيها؟ قال: بل يبني على ما قد مضى بين يديه من الحكومة وبذلك أفتيت. ابن ذكوان: حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق إلى أحكام القضاء **(وإن حدا)** لو قال «ولو زنا» لكان أبين لما تقدم عن سحنون: لا يثبت كتاب قاض بالزنا إلا بأربعة شهود. من المدونة: يجوز كتب القضاة إلى القضاة في الحدود والقصاص وغيرها لجواز الشهادة على ذلك **(إن كان أهلاً أو قاضي مصر وإلا فلا)** ابن شاس: إذا ورد كتاب قاض على قاض فإن عرفه فإنه أهل للقضاء قبله. قال في المجموعة: وإن عرفه بأنه ليس بأهل لذلك لم يقبله. قال أصبغ: وإن جاءه بكتاب قاض لا يعرفه بعدالة ولا سخطة، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعة مثل المدينة ومكة والعراق والشام ومصر والقيروان والأندلس فلينفذه، وإن لم يعرفه وليحمل مثل هؤلاء على الصحة، وأما قضاة الكور الصغار فلا ينفذه حتى يعرف ويسأل عنه العدول الدجن وعن حاله. ابن عرفة شرط قبول خطاب القاضي صحة ولايته ممن تصح ولايته بوجه احترازاً من مخاطبة قضاة أهل الدجن كقاضي مسلمي بلنسية، وقال قبل ذلك: لم يجعلوا قبول العدل الولاية للمتغلب جرحة لخوف تعطيل الأحكام. قال سيدي ابن علاق رحمه الله تعالى: إذا استولى الكفار على إقليم فقدموا قاضياً على المسلمين فلا أذكر نصاً لأهل المذهب. وقال عز الدين بن عبد السلام: إذا ولوا قاضياً على المسلمين فالذي يظهر إنفاذ ذلك جلباً للمصالح ودرءاً للمفاسد الشاملة إذ لم يبعد من رحمة الشرع ورعاية لمصالح عباده وتحمل المفاسد الشاملة بفوات كمال، فمن يتعاطى توليته باطناً هو أهل لها، انظر في المدارك اسم عبد الله بن فروخ وابن التبان واسم أبي محمد بن أبي الكرابة وأبي بكر بن عزرة والداودي **(كأن شاركه غيره وإن ميتاً)** تقدم نص ابن شاس بهذا عند قوله: «وميز فيه ما يتميز به» **(وإن لم يميز ففي إعدائه أو لا حتى يثبت أحديته قولان)** ابن رشد: إن وجد بالبلد رجل واحد على تلك الصفة كشف القاضي عن الأمر، فإن لم يكن في البلد غيره على تلك

وَالْقَرِيبُ: كَالْحَاضِرِ، وَالْبَعِيدُ: كَإِفْرِيقِيَةَ، يُقْضَى عَلَيْه

على الصفة المذكورة فيكون الإثبات حينئذ على الطالب ص: (والبعيد جداً الخ) ش: هذه تسمى يمين الاستبراء ويمين القضاء وهي تتوجه في الحكم على الغائب والميت، وقد عقد لها في التبصرة فصلاً. وذكر ابن سهل في أحكامه أنها إنما تتوجه فيما إذا كان الحق في ذمة الميت، وأما إذا شهدت بينة بأن الميت أقر بهذا الشيء لشخص فإنه يأخذه ولا يمين. وسيأتي مزيد كلام لذلك في باب الشهادة عند قول المصنف: «وإن قال أبرأني موكلك الغائب».

مسألة: قال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب المناقب في شرح قوله: «من ادعى قوماً ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار»[1]. وفي رواية مسلم والإسماعيلي: «من ادعى ما ليس له منا وليتبوأ مقعده من النار»[2] وهو أعم مما تدل عليه رواية البخاري. ويؤخذ من رواية مسلم تحريم الدعوى بشيء ليس هو للمدعي، فيدخل فيه الدعوى الباطلة كلها. واستدل به ابن دقيق العيد للمالكية في تصحيح الدعوى على الغائب بغير مسخر لدخول المسخر في دعوى ما ليس له وهو يعلم أنه ليس له والقاضي الذي يقيمه أيضاً يعلم أن دعواه باطلة. قال: وليس هذا القانون منصوصاً في الشرع حتى يخص به عموم هذا الوعيد، وإنما المقصود إيصال

الصفة أعداه إليه وإن ترك القاضي ما أمر به من الكشف عن ذلك فقيل لا يؤخذ بالحق حتى يثبت الطالب أنه ليس بالبلد من هو على تلك الصفة العامة غيره وهو دليل زونان. ابن وهب: وقيل: يؤخذ به إلا أن يثبت هذا أن بالبلد من هو على تلك الصفة، وهو ظاهر قول أشهب ورواية عيسى عن ابن القاسم (والقريب جداً كالحاضر) ابن عرفة: القضاء على الغائب سمع ابن القاسم فيه. قال مالك: أما المدين فإنه يقضى عليه وأما كل شيء فيه حجج فلا يقضي عليه. قال سحنون: والذي تكون فيه الحجج. ابن رشد: مذهب مالك إن قربت غيبته كمن على ثلاثة أميال كتب إليه وأعذر إليه في كل حق إما وكل أو قدم، فإن لم يفعل حكم عليه في الدين وبيع عليه ما له من أصل أو غيره وفي استحقاق العروض والحيوان والأصول وكل الأشياء من طلاق وعتق وغيره، وإن لم ترج له حجة في شيء وإن بعدت غيبته على عشرة أيام ونحوها حكم عليه في غير استحقاق الرباع والأصول من الديون والحيوان والعروض ورجيت حجته فيه (والبعيد جداً كإفريقية قضى عليه) ابن رشد: وإن بعدت غيبته وانقطعت كالعدوة من الأندلس ومكة من إفريقية حكم عليه في كل شيء من حيوان وعروض ودين والرباع والأصول ورجئت حجته في ذلك. زاد في أجوبته هذا التحديد في القرب والبعد إنما هو مع أمن الطريق وكونها مسلوكة، وإن لم تكن كذلك حكم عليه، وإن قربت غيبته ومن خلف البحر في الجواز القريب المأمون كالبر الواحد المتصل إلا في الأمر الذي يمتنع فيه ركوبه، فالقريب فيه حكم البعيد، ولابن عات: إذا قامت المرأة بشرطها في المغيب لا يقضى بها في القرب

(١) رواه البخاري في كتاب المناقب باب ٥.

(٢) رواه مسلم في كتاب الإيمان حديث ١١٢.

بِيَمِينِ الْقَضَاءِ، وَسَمَّى الشُّهُودَ، وَإِلاَّ نُقِضَ، وَالْعَشَرَةُ أَوْ الْيَوْمَانِ مَعَ الْخَوفِ يُقْضَى عَلَيْهِ مَعَهَا فِي غَيْرِ آسْتِحْقَاقِ الْعَقَارِ، وَحَكَمَ بِمَا يَتَمَيَّزُ غَائِباً بِالصِّفَةِ: كَدَيْنٍ وَجَلَبَ الْخَصْمَ، بِخَاتَمٍ، أَوْ رَسُولٍ؛

الحق لمستحقه فترك مراعاة هذا القدر، وتحصيل المقصود من إيصال الحق لمستحقه أولى من الدخول تحت هذا الوعيد العظيم انتهى. وكلام ابن دقيق العيد المذكور رأيته في شرح العمدة له في كتاب اللعان فلينظر فيه والله أعلم. ص: (**وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على**

وإنما يكتب لها القاضي إلى الزوج بأن يقدموا أو يوصى عليها، وإن كان في عمل سلطان آخر قضت بشرطها وإن قربت غيبتها (**بيمين القضاء**) ابن شاس: القضاء على الغائب نافذ ويحلف للقاضي المدعي بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتياض والإحالة والاحتيال والتوكيل على الاقتضاء في جميع الحق (**وسمى الشهود وإلا نقض**) ابن رشد: الحكم على الغائب لا بد من تسمية الشهود فيه ليتمكن من الطعن فيهم، وهو مشهور المذهب المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، فإن لم يسم فيه البينة فسخت القضية. قاله أصبغ وهو صحيح على أن الحجة ترجى له، والحكم على الحاضر لا يفتقر لتسمية البينة فيه إذ قد أعذر فيها للمحكوم عليه وتسميتهم أحسن. قاله أصبغ وبه العمل. ابن أبي زمنين: ومثل الغائب الصغير لا بد من تسمية الشهود في الحكم عليه، وهذا كله خلاف لسحنون. ابن رشد: وإذا أشهد القاضي بثبوت عقد عنده ولم يسم بمن ثبت عنده ثم عزل القاضي أو مات، فلا يبطل العقد ويحمل الجميع على العدالة اهـ. وانظر أيضاً قد يتفق أن يموت بعض شهود الاسترعاء (**والعشرة واليومان مع الخوف يقضى عليه معها في غير استحقاق العقار**) تقدم ما لابن رشد عند قوله «والقريب كالحاضر والبعيد جداً» وزاد في نوازله: وهذا التحديد في القرب والبعد هو مع أمن الطريق وكونها مسلوكة وإن لم يكن كذلك حكم عليه وإن قربت غيبته (**وحكم بما تميز غائباً بالصفة كدين**) ابن الحاجب: ويحكم بالدين وغيره مما يتميز غائباً بالصفة كالعبد والفرس. وقيل: ما لم يدع الحرية أو يدعيه ذويد. ابن عرفة: قال ابن هارون: معناه أن المحكوم به إذا كان غائباً هل يعتمد على الصفة في القضاء به أم لا؟ فمن ذلك الدين والأمر فيه واضح إذ لا يتأتى إلا أن يكون موصوفاً ومنها العبد والأمة والفرس ونحوها مما يتميز بالصفة، فهذا قال ابن القاسم وسحنون يحكم فيه بالصفة إن كان غائباً وهو مذهب المدونة. المازري: إن كان المحكوم به مما لا يتميز أصلاً ذكرت البينة قيمته تقول غصبه حريراً قيمته كذا أو طعاماً قيمته كذا. راجع ابن عرفة. وعبارة المدونة من ادعى عبداً غائباً بيد رجل وأقام بينة أن ذلك العبد عبده، فإن عرفته البينة ووصفته وحليته قبلت شهادتهم وقضي له به، وكذلك هذا في الحيوان والمتاع إذا كان بعينه. ابن يونس: أجاز ابن القاسم أن يقيم البينة على عبد غائب ولم يجز ذلك ابن كنانة. (**وجلب الخصم بخاتم**) أمر سحنون: الناس بكتب أسمائهم في بطائق ثم تخلط البطائق ثم دعا الأول فالأول، فمن دعا باسمه وخصمه حاضر أدخلهما وأجلسهما بين يديه على الاعتدال في مجلسهما، فإن استعدى الذي خرج اسمه على رجل بحاضرة مدينة القيروان أو بقصر ابن الأغلب وهو على ثلاثة أميال من المدينة أعداه على خصمه بطابع يعطيه إياه، فإذا أتى صاحبه أمر بأخذ الطابع منه وكان لا يعطى كتاب عدوى يجلب الخصم إلا بلطخ

إِنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى، لاَ أَكْثَرَ: كَسِتِّينَ مِيلاً، إِلاَّ بِشَاهِدٍ،

مسافة العدوى) ش: قال القرافي في الفرق الخامس والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما تجب فيه إجابة الحاكم فيه إذا دعاه إليه وبين قاعدة ما لا تجب إجابته فيه إن دعى من مسافة العدوى فما دونها وجبت الإجابة لأنه لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك، ومن بعد من المسافة لا تجب الإجابة، وإن لم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة أو له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم لا تجب الإجابة. فإن كان قادراً على أدائه لزمه أداؤه ولا يذهب إليه، ومتى علم خصمه إعساره حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم. وإن دعاه وعلم أنه يحكم عليه بجبر لم تجب الإجابة، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية. وإن كان الحق موقوفاً على الحاكم كتأجيل العنين يخير الزوج بين الطلاق فلا تجب الإجابة وبين الإجابة فليس له الامتناع منها، وكذلك القسمة المتوقفة على الحكم يخير بين تمليك صحته لغريمه وبين الإجابة فليس له الامتناع، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحكام. وإن دعي إلى حق يختلف في ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته وجب لأنها دعوى حق، أو يعتقد عدم ثبوته لم تجب لأنه مبطل. وإن دعاه الحاكم وجبت له لأن المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد، ومتى

من شاهد عدل فيأمر كاتبه فيكتب له كتاب عدوى إلى أمينه. وقد تقدم أنه لا يرجع الخصم إلا من الأميال اليسيرة **(أو رسول)** ابن فتوح: إرسال الطالب للقاضي أن يرفع مطلوبه إلى مجلس القضاء ينبغي للقاضي إن كان قريباً أن يأمر غلامه الذي له الإجارة من بيت المال بالمسير معه. ابن عبد الحكم والقريب من المدينة كمن يأتي ثم يرجع يبيت بمنزله، فإن لم يرتفع المطلوب بالطابع أشهد عليه بعصيانه وتأبيه على المجيء، ثم يرسل القاضي إليه أحد أعوانه ويجعل له من رزقه جعلاً إذا لم يكن له رزق من بيت المال إذا رفع المطلوب عليه وهو مما يلزمه، فإن لم يفعل القاضي ذلك فأحسن الوجوه أن يكون الطالب يستأجره على النهوض في المطلوب ورفعه ويعطى العون ما يتفقان عليه إلا أن يتبين أن المطلوب الذي طلبه ودعاه إلى الارتفاع إلى القاضي فأبى عليه، فيكون على المطلوب أجرة شخوص العون إليه ولا يكون على الطالب من ذلك شيء. قال هذا ابن العطار. وانتقد ابن الفخار هذا عليه وقال: لا نعلم ذنباً يوجب استباحة مال الإنسان إلا الكفر وحده وليس مطلوبه يوجب استباحة ماله. المتيطي: وهذا غير مستقيم والصحيح قول ابن العطار **(إن كان على مسافة العدوى)** ابن شاس: إذا غاب ولم يكن موضعه يزيد على مسافة العدوى أحضره القاضي. العدوى طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك أن ينتقم منه تقول استعديت على فلان الأمير فأعداني واستعنت به فأعانني عليه والاسم منه العدوى وهو المعونة **(لا أكثر كستين ميلاً إلا بشاهد ويمين)** ابن الحاجب: يجلب الخصم مع مدعيه بخاتم أو رسول إن لم يزد على مسافة العدوى، فإن زاد لم يجلبه ما لم يشهد شاهد. قال سحنون: لا يشخص من البعد خصم ولا شاهد والبعد ستون ميلاً. ابن سلمون: فإن كان الخصم في مصر الحاكم أو على الأميال اليسيرة ونفر كتب برفعه. قال أصبغ: لا يكتب إلا لأهل العدل اجمعوا

وَلاَ يُزَوِّجُ آمْرَأَةً لَيْسَتْ بِوِلاَيَتِهِ. وَهَلْ يُدَّعَى حَيْثُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَبِهِ عُمِلَ؟ أَوِ الْمُدَّعَى وَأُقِيمَ مِنْهَا

طولب بحق وجب عليه على الفور كرد المغصوب وجب أداؤه في الحال، ولا يحل له أن يقول لا أدفعه إلا بالحكم لأن المطل ظلماً ووقوف الناس عند الحاكم صعب. وأما النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها إن كانت للأقارب، وإن كانت للزوجة أو الرقيق يخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الإجابة انتهى. ونقله في الذخيرة في أول كتاب الدعاوى وصدره بقوله: إذا ادعى خصم من مسافة العدوى فما دونها وجبت الإجابة إلى آخره. وذكر ما تقدم فدل على أن مسافة العدوى هي مسافة القصر. وفي المسائل الملقوطة: اختلف العلماء هل يحضر الحاكم الخصم المطلوب بمجرد الدعوى أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب؟ والذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضر حتى يبين للمدعي أن للدعوى أصلاً وهي رواية عن أحمد. ونقل عن الشافعي وأبي حنيفة وعن أحمد في رواية أنه يحضر بمجرد الدعوى. والأول أولى لأن الدعوى قد لا تتوجه فيبعث إليه من مسافة العدوى ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليه كثير من مصالحه، وربما كان حضور بعض الناس والدعوى عليه بمجلس الحكام مزر به فيقصد من له غرض فاسد أذى من يريد بذلك من التبصرة. انتهى ص: **(ولا يزوج امرأة ليست بولايته)** ش:.

مسألة: وقعت: وهي امرأة في بلاد الشحر من اليمن تزوجها رجل مغربي ثم سافر عنها إلى جهة مصر ولم يترك لها نفقة ولا ما تنفق عليه، وكتب إليه فلم يطلق ولم يرسل بنفقة وليس ببلدها من يطلق عليه لكونها بنت قاضي ذلك البلد، فهل لقاضي مكة أن يطلق عليه؟ فأجاب القاضي أبو القاسم بن أبي السعادات الأنصاري المالكي بأن لم ير الحكم على الغائب أن يحكم بالفسخ وتمكن المرأة من إيقاع طلقة بعد إثبات الفصول المعتبرة في ذلك شرعاً إذا حضرت المرأة المذكورة أو وكيلها، ويكتب الحاكم لعدول بلدها بما ثبت عنده ويأمرهم بتحليفها وتمكينها من إيقاع طلقة عليها والله أعلم. ص: **(وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعى وأقيم منها)** ش: هذا نحو ما ذكره في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الحكم على الغائب. وقال ابن عبد الحكم: إن كان له بالبلد مال أو حميل إلى آخره. وعليه شرحه الشراح. والذي في تبصرة ابن فرحون إنما هو إذا كان الشيء المدعي فيه في غير بلد

فلاناً وفلاناً للتناصف، فإن أبى فانظروا فإن رأيتم للمدعي وجه مطلب ولم يرد المطلوب تعنيته فارفعوه إليّ وإلا فلا **(ولا يزوج امرأة ليست بولايته)** ابن شاس: ليس للقاضي أن يزوج امرأة خارجة عن ولايته. **(وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعى فيه وأقيم منها وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد)** أما الفرع الأول فقال ابن عرفة: الخصومة في معين داراً أو غيرها في كونها ببلد المدعى فيه. قاله ابن الماجشون وسحنون. أو ببلد المدعى عليه ولو كان بغير بلد المدعى فيه. قاله

وَفِي تَمْكِينِ الدَّعْوَى لِغَائِبٍ بِلاَ وَكَالَةٍ؟ تَرَدُّدٌ.

المدعى عليه فقال ابن الماجشون: إنما الخصومة حيث المدعى فيه. وقال مطرف وأصبغ: حيث المدعى عليه والله أعلم. وقال أبو الحسن لما ذكر بعض الكلام في هذه المسألة في أوائل كتاب الشفعة في مسألة ما إذا كانت الدار غائبة والشفيع والمشتري حاضران قال: وهذا كله في الأصول، وأما ما يتعلق بالذمم فحيث لقي الطالب المطلوب. انظر نوازل سحنون انتهى. وانظر أحكام ابن سهل في الجزء الثاني من الأقضية والله أعلم ص: **(وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد)** ش: أشار بالتردد إلى الخلاف في الطرق التي ذكرها في التوضيح، وذكرها ابن عرفة وغيره اهـ.

تنبيه: هذا الخلاف في الدعوى ممن لا تعلق له بالشيء المدعى فيه بإذن من صاحبه أو بغير إذنه أو من له فيه تعلق لاستيفاء حقه منه، فهل له المطالبة بذلك أم لا؟ لم أر في ذلك كلاماً شافياً، والذي تقتضيه نصوص المذهب الآتي ذكرها أن تلخص قاعدة من ذلك وتجعل المسألة على ثلاثة أوجه: وهي أن هذه المدعي إن تعلق به الشيء المدعى فيه ودخل في ضمانه وهو مطالب به فله المخاصمة فيه والدعوى وإثبات ملك الغائب وتسلمه، وإن لم يكن في ضمانه، فإما أن يريد أن يستوفي من ذلك المدعى فيه شيئاً له في ذمة المالك الغائب أم لا، فإن كان الأول جاز له أن يدعي ويثبت ملك الغائب أيضاً وإلا لم يمكن من الدعوى. فمن القسم الأول الغاصب إذا غصبه غاصب آخر، والمستعير إذا كان الشيء مما يغاب عليه، والمرتهن كذلك، والحميل كذلك. قال في نوازل سحنون من كتاب الغصب: سئل سحنون عن رجل من العمال أكره رجلاً أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعه يدفعه إليه فأخرج له ما أمره به فدفعه إليه ثم عزل ذلك العامل الغاصب ثم أتى المغصوب منه المتاع فطلب ما غصب، فهل

مطرف ثالثها هذا أو حيث اجتماعهما ولو بغير بلد المدعى فيه. قاله أصبغ. وقال: كل من تعلق بخصم في حق فله مخاصمته حيث تعلق بالذمة من دين وحق لا في العقار. ابن عرفة: وعلى هذا نقل المازري عن المذهب أن من أثبت ديناً على غائب أحلفه قاضي بلده يمين الاستبراء وحكم له بدينه على الغائب حيث يكون. رابعاً أن الحكم ببلد الغائب وإن لم يكن المحكوم فيه به. وقال فضل: قول ابن القاسم كقول مطرف لقوله في المدونة في الرجل يرث الدار فيغيب ويأتي رجل يدعيها، لا يحكم على الغائب إلا أن يكون بعيد الغيبة بحيث لا يقدر المدعي أن يمضي إليه. وعزا ابن سهل لعيسى بن دينار مثل قول مطرف. انتهى من ابن عرفة. ومن المفيد: سئل عيسى بن دينار عن الرجل من قرطبة تكون له الدار أو الحق بجيان فيدعي ذلك رجل من أهل جيان، فيريد الجياني مخاصمة القرطبي عند قاضي جيان حيث الشيء الذي ادعى فيه، أيرفع معه القرطبي إلى جيان؟ قال: لا يرفع معه وإنما يحكم بينهما حيث المدعى عليه، وبذلك حكم ابن بشير وكتب به إلى بعض قضاته. ابن حبيب: وقاله مطرف. وقال: ليس له إمساك المطلوب إن تعلق به في غير موضع العقار والخصام فيه، وأما إن كان

....

يكون له أن يأخذ بماله من شاء منهما إن شاء من الآمر وإن شاء المأمور؟ فقال: نعم له أن يأخذ بماله من شاء منهما. قيل له: فإن أخذ ماله من الذي أكره على الدخول، هل يرجع هذا الذي غرم على العامل الذي أكرهه على الدخول؟ فقال: نعم. قيل له: فإن عزل الأمير الغاصب وغاب المغصوب منه المتاع فقام هذا المكره على الدخول في بيت الرجل على الأمير الغاصب لهذا المتاع ليغرمه إياه ويقول أنا المأخوذ به إذا جاء صاحبه، هل يعدى عليه؟ قال: نعم. قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالقتل والغصب لا يصح بإجماع، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حق لمخلوق من الأقوال باتفاق، ومن الأفعال على اختلاف. وقد مضى تحصيل القول في هذا في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق. وأما قوله: «بأنه يقضى للمكره على الدخول في بيت الرجل العامل بالمال لأنه هو المأخوذ به» ففيه نظر، والذي يوجبه النظر أن يقضى له بتغريمه إياه ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه انتهى. ونقله في التوضيح وقبله، وكذلك ابن عرفة لكن قال أثره:

قلت: الأظهر تمكينه منه لأنه لو هلك في الوقت لضمنه لأنه على حكم الغصب باق انتهى. وأما قوله: «إن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالغصب والقتل لا يصح بإجماع» فليس كذلك فيه الخلاف حسبما نقله في التوضيح وابن عرفة وغيره. وقالوا أيضاً في باب الحمالة: إذا أراد الحميل أخذ الحق بعد محله والطالب غائب وقال أخاف أن يفلس وهو ممن يخاف عدمه قبل قدوم الطالب أو لا يخاف إلا أنه كثير اللدد والمطل مكن من ذلك، فإن كان الحميل أميناً أقر عنده وإلا أردع لبراءة الحميل والغريم، انتهى من الذخيرة، ذكره أبو الحسن عن عبد الحق وغيره.

ومن القسم الثاني المرتهن يثبت ملك الراهن ليبيعه ويستوفي منه حقه وزوجة الغائب وغرماؤه يثبتون ماله ليباع لهم ويستوفون حقهم. قال ابن رشد: الذي جرى به العمل أن القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الدّين والرهن وملك الراهن له ويحلفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به وأنه لباق عليه إلى حين قيامه انتهى. وقال

العقار في الموضع الذي تعلق به فيه فله حبسه. وأما الدعوى بحق في الذمة فإنما الخصام حيث تعلق به الطالب. قلت: الديون في هذا مخالفة للعقار؟ قال: نعم. وأما الفرع الثاني ففيه خمسة أقوال. وفي سماع أشهب: سألته عمن مات وترك زوجة بيدها ماله ورباعه وله أخ غائب فقام ابن الغائب فقال كل المال الذي بيد امرأة عمي ليس لها منه شيء وأنا وارث أبي ولا وكالة له من قبله، ويقول: إن أنا أثبته لا تدفعوه لي وأودعوه في يد غيري أو يقوم بذلك أجنبي على الغائب فقال: أرى ذلك للابن ولا يدفع له المال ويوضع على يد عدل، وأما غير الابن فلا أدري ما هذا. ابن رشد: وكذا الأب فيما ادعاه لابنه ولم يجز ذلك لمن سواهما من القرابة. ابن شاس.

في التوضيح في باب النفقات: وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك ولها أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه أن لزوجها عليهم ديناً ويقضى عليهم بنفقتها. ثم قال: واعلم أن الحاكم لا يبيع الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لها وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم انتهى. وقال في التوضيح في شرح مسألة من ادعى عليه في شيء بيده فقال هو لفلان الغائب عن المازري ما نصه: فإن زعم المدعى عليه أن الدار رهن في يديه، فالتحقيق يقتضي أن يمكن من إقامة البينة أنها للغائب حينئذ انتهى. وقال في كتاب الرهون من المدونة: وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إلا أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه وإنما هو بأمر من الله أو بتعدي أجنبي فذلك من الراهن وله طلب الجاني. وقال أبو الحسن: وإنما لم يقل لهما لأن الراهن أرجح لأن الملك له، وأما المرتهن فليس له إلا الوثيقة، فإذا لم يطلبه الراهن كان للمرتهن طلبه بحق وثيقة انتهى. وقال في أواخر باب الإجارة من الجواهر فيما إذا غصبت الدار المستأجرة: ولو أقر المكري للغاصب بالرقبة قبل إقراره في الرقبة ولا يفوت حق المنفعة تبعاً على المستأجر بل له مخاصمة الغاصب لأجل حقه في المنفعة انتهى.

ومن القسم الثالث المودع والوكيل على شيء مخصوص ونحو ذلك. قال في الذخيرة في كتاب الوديعة: الفرع الثامن: قال صاحب الإشراق: إذا سرقت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل منك. وقال أبو حنيفة: له ذلك بناء على أن الخصومة في الأملاك للملاك، ومن ليس مالكاً فلا خصومة له انتهى. وفي نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات في شرح المسألة الثانية: قال محمد بن رشد: إذا وكل الوكيل على طلب آبق فأدركه في يد مشترٍ أنه لا يمكن من إيقاع البينة على أنه للذي وكله حتى يقيم البينة أنه وكله على الخصومة فيه وهو صحيح على ما تقدم في المسألة التي قبلها أنه ليس للوكيل أن يتعدى ما وكل عليه ويتجاوزه إلى غيره انتهى. وقال في التوضيح في شرح المسألة المتقدمة وهي مسألة من ادعى عليه رجل في شيء بيده فقال هو لفلان الغائب، فنقل الكلام المتقدم عن المازري ونصه: ولو أراد من بيده الدار أن يقيم بينة بملك الغائب يعارض بها بينة المدعي ولم تثبت له وكالة تبيح المدافعة، ففي تمكينه من ذلك خلاف للعلماء انتهى. وقال في كتاب الغصب من المدونة: ومن بيده وديعة أو عارية أو إجارة وربها غائب فادعاها رجل وأقام البينة أنها له فليقض له بها لأن الغائب يقضي عليه بعد الاستيناء إلا أن يكون ربها بموضع قريب فيتلوم له القاضي ويأمر أن يكتب إليه حتى يقدم انتهى. فلم يجعل لمن بيده الوديعة والعارية ولا المستأجر المخاصمة بل قضى بذلك على الغائب الذي أقام البينة أن ذلك له. وقال في أكرية الدور من تبصرة اللخمي: وإن هدم الدار أجنبي سقط مقال المكتري في ذلك الكراء لأن المنافع في ضمان المكري حتى يقبضها المكتري، ويكون صاحب الدار

....

بالخيار بين أن يغرم الهادم قيمتها على أن لا كراء فيها، أو يغرمه قيمتها مستثناة المنافع سنة ويأخذه بالمسمى الذي أكرى به لأنه دين كان له على المكتري أبطله له بهدمه لتلك الدار انتهى. فجعل المتكلم في ذلك لمالك الدار ولم يجعله لمالك المنافع وهو المكتري لأنه ليس له شيء في ذمة المكري يستوفيه منها لسقوط ذلك عنه بالهدم لكون المنافع في ضمان المكري حتى يستوفيها المكتري.

وقال في نوازل ابن رشد في مسائل البيع. سئل: عن أصحاب المواريث إذا باعوا شيئاً على أنه لبيت المال. فقام من أثبت عند القاضي أن هذا المبيع لقريب منه غائب وهو حي وحازه عند القاضي، هل يفسخ القاضي البيع ويوقفه للغائب أو يبقى بيد المبتاع حتى يقدم الغائب؟ فأجاب: لا يمكن القاضي القريب من المخاصمة عن قريبه الغائب فيما باعه صاحب المواريث دون وكالة وإنما يمكنه من إثبات حقه في ذلك والتحصين له بالإشهاد عليه مخافة أن تغيب البينة أو تتغير. وقال في رسم الأقضية من سماع أشهب: وسألته عن عشيرة رجل ذكروا أن رجلاً منهم بالأندلس، وفي يد رجل منهم له دار وأنه ادعاه لنفسه وأنكر أن يكون لصاحبهم في يديه حق، وسألوه أن يأذن لهم في المخاصمة وإثبات البينة عليه بحق الغائب قبل هلاك من يعلم ذلك ويشهد عليه، هل ترى أن يأذن لهم في ذلك؟ قال: لا أرى ذلك إلا بوكالة أو أمر يعرفه. قال ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية ابن غانم عن مالك ومن رواية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك، وزاد عن ابن القاسم أنه قال: فإن جهل القاضي فأمره بالمخاصمة فحكم عليه أوله لم يجز ذلك عليه ولا له. وقال ابن نافع مثله، وقد مضى القول على هذه المسألة محصلاً مستوفى في الرسم الذي قبل هذا، ويشير بذلك إلى ما في رسم الأقضية الثالث من السماع المذكور ونصه: وسألته عن الرجل يموت ويترك زوجة وبيدها ماله ورباعه ودوابه وكل كثير له وقليل وللهالك أخ غائب، فيقوم ابن الأخ الغائب فيقول أنا أثبت أن هذا المال الذي بيدها كله لعمي وليس لها منه شيء وأبي وارثه، فإذا قضى به لعمي فضعوه بيد عدل ولا تدفعوه إلي، أو يقوم في ذلك رجل غير ابنه فيقول مثل مقالته فقال: أما الابن فأرى أن يمكن من ذلك، فإذا ثبت ما قال وضع على يد عدل، فأما الرجل غير ذلك فلا أدري ما هذا. قال ابن رشد: أجاز في هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباعه وحيوانه وجميع ماله دون توكيل، وكذلك الأب فيما ادعاه لابنه وقع ذلك في الجدار. وقال في الواضحة: إن ذلك في الأب أبين منه في الابن، ولم يجز ذلك لمن سوى الأب والابن من القرابة والعشيرة على ما سيأتي له في الرسم الذي بعد هذا، وفي رسم الكبش من سماع يحيى غير أنه في هذه الرواية أراد المالك أن يمكن من إيقاع البينة وإثبات الحق لا أكثر، وليس ما في رسم الكبش بمخالف لما في هذه الرواية وقد حملها بعض أهل النظر على الخلاف وليس ذاك بصحيح. وقد اختلف في هذا على أربعة أقوال.

الأول: ما حملت عليه هذه الرواية وما في رسم الكبش من سماع يحيى من التفرقة بين الأب والابن وبين سائر القرابة والأجنبيين.

والثاني: أنه يمكن من قام عن غائب يطلب حقاً له من المخاصمة عنه في ذلك دون توكيل وإن كان أجنبياً. ذهب إلى هذا سحنون، وإلى أن القاضي يوكل من يقوم بحقه تأول ما رُوي عن مالك من أنه لا يمكن أحد إلا بوكالة فقال: معناه فيما طال من الزمان ودرس فيه العلم وهو أحد قولي ابن الماجشون ورُوي ذلك عن أصبغ.

والثالث: يمكن من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة.

والرابع: أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة وهو قول ابن الماجشون في الواضحة ومطرف وقد قيل: إن القريب والأجنبي يمكن من المخاصمة في العبد والدابة والثوب دون توكيل لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب، ولا يمكن من المخاصمة فيما سوى ذلك من الدين وغيره إلا الأب والابن. حكى هذا ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وهو قول خامس في المسألة.

واختلف إذا مكن القائم عن الغائب في المخاصمة عنه فيما يدعيه له دون توكيل على القول به؛ فقيل: ذلك في قريب الغيبة وبعيدها سواء وهو الظاهر من رواية أشهب هذه إذ لم يفرق فيها بين قريب الغيبة من بعيدها، وكذلك حكاه أبو زيد عن ابن الماجشون في الحيوان يدعيه ابن الغائب أو أجنبي. وقيل: إن ذلك في القريب الغيبة دون البعيد وإلى هذا ذهب سحنون وابن حبيب فيما حكى عن مطرف، ثم ذكر مسائل استدل بها لهذا القول وأطال في ذلك والله أعلم.

تنبيهات: الأول: إذا كان للمدعي حصة في الشيء المدعي به وباقيه للغائب فله الدعوى في ذلك ويأخذ حصته ويترك الباقي في يد من هو في يده حتى يأتي من يدعيه. قال في أواخر الشهادات من المدونة: وإن شهدوا أن هذا وارث أبيه أو جده مع ورثة آخرين لم يعط هذا منها إلا مقدار حصته ويترك القاضي باقيها في يد المدعى عليه حتى يأتي من يستحقه. وقد كان يقول غير هذا يعني بالمقول ما رُوي عن مالك بعده وهو أنه ينزع من يد المطلوب ويوقف، وفي كتاب الولاء أتم مما هنا. قال بعض القرويين: ينبغي على قول ابن القاسم إذا قامت غرماء بدين على الغائب أن يباع لهم الحظ الموقوف بيد المدعى عليه، لأن الغائب لو كان حاضراً ونكل عن اليمين لكان للغرماء أخذها وبيعها في دينهم. ابن يونس: يريد بعد يمينهم التي كان يحلفها الغائب. انظر تمامها انتهى. وانظر التبصرة لابن فرحون في تقسيم المدعى لهم.

....

الثاني: إذا ثبت حق لغائب. فهل يوقف حتى يحلف يمين الاستظهار أو يسلم لوكيله وتؤخر اليمين حتى يقدم فيحلف، أو يموت فتحلف ورثته وإن نكل أو نكلوا راجع عليه؟ ذكر البرزلي في ذلك قولين في مسائل الغصب والاستحقاق، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفي في باب الشهادات عند قول المصنف: «وإن قال أبرأني موكلك الغائب».

الثالث: إذا ردّت اليمين على الموكل وهو غائب فقال ابن رشد في آخر مسائل الوكالات من نوازله في رجل غائب وكل وكيلاً على القيام بعيب في سلعة اشتراها من رجل، فأنكر الرجل أن يكون باع من موكله وإنما باعها من رجل آخر فلزمه اليمين لعدم البينة فرد اليمين على الغائب. الجواب الذي أرى في هذا إذا لم يسم المقوم عليه من باع السلعة منه أو سمى رجلاً بعيد الغيبة فتبين بذلك لدده أن يؤخذ منه حميل بالثمن إلى أن يكتب للغائب في الموضع الذي هو به فيحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها. ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في وكيل الغائب على قبض الدين يقر به ويدعي أنه قضاه، لأن هذا مقر للغائب بشيء، وأما أخذ الثمن منه وإيقافه فلا أراه إذ لم يثبت عليه بعد شيء انتهى.

الرابع: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في كتاب الرد بالعيب في الكلام على الرد على الغائب. والقاعدة أن الإمام لا يتعرض لديون الغائب يقبضها إلا أن يكون مفقوداً أو مولى عليه أو حاضراً. يريد أن تبرأ ذمته ورب الدين غائب أو حاضر ملد، وهذا بخلاف من تعدى على مال غائب فأفسده فإن الإمام يأخذ منه القيمة ويحبسها للغائب. انتهى ونحوه في النكت فانظره. قال ابن رشد: وإنما لا يعرض السلطان لمن غاب وترك مالاً له بيد رجل أو ديناً له قبله إذا سافر كما يسافر الناس، وأما إذا طالت غيبته وانقطع خبره فالسلطان ينظر له ويحوز ماله على ما وقع في طلاق السنة. انتهى من رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الأقضية.

الخامس: قال في نوازل ابن رشد من مسائل الدعوى والخصومات: سئل عن أصحاب المواريث، هل يجوز لهم الخصام في شيء لبيت المال وهو بيد رجل يدعيه لنفسه أم لا يجوز لهم خصامه ويقيمون البينة على انفراد بيت المال به دون الذي هو في يده؟ الجواب: لا يمكن أصحاب المواريث من الخصام في ذلك دون أن يجعل إليه الطلب في ذلك والمخاصمة، وإن أراد ليثبت ذلك لبيت المال ويحصنه بالإشهاد دون مخاصمة من هو في يده كان ذلك له وبالله التوفيق انتهى.

باب الشهادات

الْعَدْلُ: حُرٌّ، مُسْلِمٌ، عَاقِلٌ، بَالِغٌ

باب

ص: (**العدل حر مسلم عاقل بالغ**) ش: هذا يسمى باب الشهادة. قال ابن عبد السلام: ولا حاجة لتعريف حقيقتها لأنها معلومة. واعترضه ابن عرفة بأنه منافٍ لقول القرافي: «أقمت ثماني سنين أطلب الفرق بين الشهادة والرواية». قال ابن عرفة: والصواب أن الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه. فتخرج الرواية والخبر القسيم للشهادة وإخبار القاضي بما ثبت عنده قاضياً آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب به إليه لعدم شرطية التعدد والحلف. وتدخل الشهادة قبل الأداء وغير التامة لأن الحيثية لا توجب حصول مدلول ما أضيفت إليه بالفعل حسبما ذكروه في تعريف الدلالة انتهى. وقوله: «إن عدل قائله» يريد إذا ثبت عدالته عند القاضي، إما بالبينة أو بكونه يعلمها. ولو قال: «قول عدل إلى آخره» وأسقط قوله «أن عدل قائله» لكان أبين لأن «عدل» إنما يستعمل غائباً فيما ثبت. أو لو قال: «يوجب على الحاكم سماعه لأن الحكم بمقتضاه إن علم عدالة قائله» لشمل ذلك ما إذا ثبتت عدالته عنده أو كان عالماً بها. والظاهر أن في حده دوراً لأن الحكم بافتقاره للتعدد فرع عن كونه شهادة.

تنبيه: جعل المصنف رحمه الله هذه شروطاً في العدالة وهو خلاف ما يقوله أهل المذهب فإنهم إنما جعلوا هذه الأوصاف شروطاً في قبول الشهادة، وذكروا من جملة الشروط العدالة وهو أبين، فإن العبد يوصف بالعدالة. قال ابن عرفة: ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم

كتاب الشهادات

وفيه ستة أبواب: الأول يفيد أهلية الشهادة وما يفيد قبولها وما يمنع منه. الباب الثاني في العدد والذكورة. الثالث في مستند علم الشاهد وتحمله وأدائه. الباب الرابع في الشاهد واليمين. الباب الخامس في الشهادة على الشهادة. الباب السادس في الرجوع عن الشهادة خاتمة الكتاب بذكر اطلاع القاضي بعد الحكم على خلل في الشهود. المتيطي: مراتب الشهود في الشهادات إحدى عشرة مرتبة، والشهادة التي توجب الشيء دون يمين سبعة أقسام، والتي توجبه مع اليمين خمسة، والتي توجب حكمه ولا توجب الحق خمسة أقسام. ابن عرفة: لما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم بمقتضاها اكتسبت من الشرف منزلة فاشترط فيها شروط (**العدل حر مسلم عاقل بالغ**) من المدونة: يجوز في

بِلاَ فِسْقٍ وَحَجْرٍ وَبِدْعَةٍ؛ وَإِنْ تَأَوَّلَ: كَخَارِجِيٍّ، وَقَدَرِي. لَمْ يُبَاشِرْ كَبِيرَةً،

أي بمقتضاها اكتسبت شرفاً فاشترط فيها شروطاً منها في أدائها الإسلام اتفاقاً. قال: ومنها الحرية والعقل. ثم قال: والبلوغ. ثم قال: والعدالة. قال: ولما كانت شروطاً في الشهادة والرواية تكلم عليه الفقهاء والأصوليون وابن الحاجب في أصله وفقهه. وأطال المازري فيها الكلام. والأولى صفة مظنة تمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفاً ومعصية غير قليل الصغائر. فالصغائر الخسيسة مندرجة فيما يشين، ونادر الكذب في غير عظيم مفسدة عفو مندرج في قليل الصغائر بدليل قولها في آخر شهادتها مما يجرح به أنه كذاب في غير شيء واحد. وأطول منه قول ابن الحاجب في الفقه: العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب والكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة ليس معها بدعة أو أكثرها. ابن عبد السلام: والضمير في قوله «ليس معها بدعة» راجع للعدالة، وظاهره أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة لكن تعليله اشتراط هذه المعية بقوله «فإنها فسق» يوجب كونها مضادة فيستغنى بذكر العدالة عنها كما

الاستهلال ونحوه شهادة امرأتين مسلمتين عدلتين. ابن عرفة: من شروط أداء الشهادة لا تحملها الإسلام والحرية والعقل والبلوغ. المازري: شرط العقل واضح لأن المجنون لا يعقل ما يقول ولا يضبطه ومن هو كذلك لا يلتفت إلى قوله. ابن عبد السلام: لا يختلف في العقل في حالتي التحمل والأداء، ولا يضر ذهاب العقل في هاتين الحالتين ونص عليه عبد الملك. ابن عرفة: ما أذكره من مقتضى المذهب ونص عليه عبد الملك لا أعرفه، بل نقل الشيخ عن مالك في الكبير يخنق ثم يفيق وإن كان يفيق إفاقة يعقلها جازت شهادته وبيعه وابتياعه، والبلوغ في عمومها اتفاقاً. المازري: لأنه إن لم يبلغ غير مكلف ولا يأثم فيما يفعله من منهي عنه وهذا يمنع الثقة بشهادته. ومن المدونة: إذا شهد عبد أو نصراني أو صبي بشهادة ثم ردوها بعد العتق والإسلام والحلم جازت **(بلا فسق)** ابن شاس: أما ما يفيد قبول الشهادة وهو ما يشترط الاتصاف به بعد ثبوت الأهلية فوصفان: الأول العدالة. ابن الحاجب: وهو المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة. ابن شاس: ليست العدالة أن يمحص الرجل الطاعة حتى لا يشوبها معصية إذ ذلك متعذر لا يقدر عليه إلا الأولياء والصديقون، لكن من كانت الطاعة أكثر حاله وأغلبها عليه وهو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل **(وحجر)** سمع أشهب: أتجوز شهادة المولى عليه وهو عدل؟ قال: نعم. ابن رشد: مثله روى ابن عبد الحكم وهو قياس المعلوم من قول ابن القاسم في لغو الولاية على اليتيم البالغ في جواز أفعاله وردّها، وأما الذي يأتي على مشهور المذهب المعلوم ومن قول مالك وأصحابه في أن المولى لا تنفذ أفعاله وإن كان رشيداً في أفعاله أن لا تجوز شهادته ولو كان مثله لو طلب ماله أخذه **(وبدعة وإن تأول كخارجي وقدري)** ابن عرفة: شهادة المبتدع ساقة لأنه كافر أو فاسق. ابن القصار: ولو كان عن تأويل غلط فيه. ابن الحاجب: ولا يعذر بجهل وتأويل كالخارجي والقدري **(لم يباشر كبيرة)** عبارة ابن شاس: أن يكون مجتنباً للكبائر. زاد عياض: ومتوقي المثابرة على الصغائر. ابن عات:

أَوْ كَثِيرَ كَذِبٍ، أَوْ صَغِيرَةَ خِسَّةٍ

استغني بذكر العدالة عن سائر أضدادها. وقد يجاب بأن هذا النوع من أضداد العدالة فلذا كثر النزاع فيه انتهى. ويجاب بأن قوله «الدينية» احترز به من المحافظة المذكورة إذا لم يكن القصد بها الدين وإنما فعلها لتحصيل منصب دنيوي. وقال ابن محرز في تبصرته: قال أبو بكر الأبهري في صفة من تقبل شهادته: هو المجتنب الكبائر المتوقي لأكثر الصغائر إذا كان ذا مروءة وتمييز، متيقظاً متوسط الحال بين البغض والمحبة.

قلت: وقد أتت هذه الصفة على جميع ما ينبغي للشاهد العدل انتهى. وقوله «حر» لإخفاء في اشتراط الحرية. وقوله «مسلم» كذلك. وقوله «عاقل» قال ابن عرفة: ابن عبد السلام: لا يختلف في اعتبار العقل في حالتي التحمل والأداء، ولا يضر ذهاب العقل في غير هاتين الحالتين. ونص عليه عبد الملك. قال ابن عرفة: قلت: ما ذكره هو مقتضى المذهب، ونص عبد الملك عليه لا أعرفه بل نقل الشيخ عن المجموعة قال ابن وهب عن مالك في الكبير: يخنق ثم يفيق إن كان يفيق إفاقة بينة يعقلها جازت شهادته وبيعه وابتياعه انتهى. ص: **(أو كثير كذب)** ش: قال ابن عرفة: وأما الكذب فنصها مما يجرح به الشاهد قيام بينة على أنه كذاب في غير شيء واحد. ونقلها ابن الحاجب بأنه معروف بالكذب في غير شيء واحد. قال ابن عبد السلام: كلامه يعني تكرار الكذب ممن يثبت عليه ذلك وأنه مشهور من قوله معروف، ولم يشترط هذا القيد الأخير في المدونة ويكفي تكرار الكذب.

قلت: قوله «يعطى تكرار الكذب» لا وجه له لتخصيصه به دون المدونة، لأن فيها لفظ «كذاب» و«فعال» يدل على التكرار ضرورة. وقوله «إنه مشهور من قوله معروف» يرد بمنعه لأن مدلول مشهور أخص من معروف ولا يلزم من صدق الأعم صدق الأخص. وقوله «لم يشترط هذا في المدونة» إن أراد به كونه مشهوراً فلا يضر لما بينا أن لفظ «معروف» لا يستلزمه، وإن أراد لفظ «معروف» فقوله «لم يشترط في المدونة» إن أراد نصاً فمسلّم، وإن أراد لزوماً منع لأن لفظ قولها قيام البينة العادلة أنه كذاب بصيغة المبالغة يدل على أنه معروف بمطلق الكذب عادة لأن الغالب في العادة أنه لا يثبت بالبينة العادلة على رجل أنه كذاب في غير شيء إلا وهو معروف بمطلق الكذب عادة لأنه الغالب فتأمله منصفاً. انتهى. ص: **(وسفاهة)** ش: لعله يريد بالسفاهة المجون. قال في المدونة في كتاب القطع أو أنهم مجان: قال في التوضيح: جمع ماجن. الجوهري: المجون أن لا يبالي الإنسان ما صنع انتهى. وقال ابن فرحون في شرحه: وفي التقريب: الماجن هو القليل المروءة الذي يكثر الدعابة والهزل في أكثر الأوقات. انتهى. ص:

ومجانباً مخالطة من لا خير فيه **(أو كثير كذب)** من المدونة: مما يجرح به الشاهد قيام بينة عليه أنه كذاب في غير شيء واحد **(أو صغيرة خسة وسفاهة)** ابن عرفة: العدالة صفة مظنة تمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفاً ومعصية غير قليل الصغائر. فالصغائر الخسيسة مندرجة فيما يشين، ونادر

وَسَفَاهَةٍ، وَلَعِبَ نَرْدٍ، ذُو مُرُوءَةٍ

(ذو مروءة) ش: ابن عرفة: والروايات والأقوال واضحة لأن ترك المروءة جرحة. قيل: لأن تركها يدل على عدم المحافظة الدينية وهي لازم العدالة وتقرر بأنها مسببة غالباً عن اتباع الشهوات. المازري: لأن من لا يبالي بسقوط منزلته ودناءة همته فهو ناقص العقل ونقصه يوجب عدم الثقة به.

قلت: والمروءة هي المحافظة على فعل ما تركه من مباح يوجب الذم عرفاً كترك المليء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافياً وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفاً كالأكل عندنا في السوق وفي حانوت الطباخ لغير الغريب انتهى. وفي التوضيح: ابن محرز: ولسنا نريد بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة، بل المراد التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب المجون والسخف والارتفاع عن كل خلق رديء يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن في نفسه جرحة انتهى. فمن ترك اللباس المحرم أو المكروه الخارج عن السنة لا يكون جرحة في شهادته كلباس فقهاء هذا الزمان من تكبيرهم العمائم وإفراطهم في توسيع الثياب وتطويلهم الأكمام. وقد صرح الشيخ أبو عبد الله بن الحاج في المدخل بأن ذلك ممنوع. ونقل عن العلماء من أهل المذهب وغيرهم الكلام في ذلك فراجعه. نعم لو مشى الإنسان حافياً أو بغير عمامة بالكلية مما هو مباح لكن العادة خلافه ينظر في أموره، فإن أراد بذلك كسر النفس ومجاهدتها لم يكن ذلك جرحة في حقه، وإن كان على جهة المجون والاستهزاء بالناس فذلك جرحة كما قاله في التوضيح في الصنائع، وتقدم في كلام ابن عرفة في القولة التي قبل هذه. وأما حمل الإنسان متاعه من السوق فهو من السنة لقوله عليه الصلاة والسلام «صاحب الشيء أحق بشيئه» وذلك حين اشترى السراويل وأراد بعض أصحابه أن يحملها عنه وأظنه السيد أبا بكر رضي الله عنه والقضية في «الشفاء». وقوله في التوضيح «وحسن الشارة» الشارة الهيئة واللباس. يقال ما أحسن شوار الرجل وشارته أي لباسه وهيئته. قال ابن الأعرابي: الشورة بالضم الجمال وبالفتح الخجل. انتهى من المعلم في شرح قوله إن رجلاً أتاه وعليه شارة حسنة. وقال القاضي عياض: الشوار هنا بالفتح. وأما الشورة الجمال فبالفتح والضم معاً. وشوار البيت متاعه بالكسر، وشوار الرجل مذاكيره انتهى. وقال ابن سيده في محكمة: وشوار الرجل ذكره وخصياه وأسته. وفي الدعاء أبدى الله شُوارَه

الكذب في غير عظيم مفسدة غير مندرج في قليل الصغائر بدليل قولها مما يجرح به أنه كذاب في غير شيء واحد **(ولعب نرد)** من المدونة: الشطرنج أشر من النرد. المازري: ظاهر المذهب أنهما سواء. انظر بعد هذا عند قوله «وإدامة شطرنج» **(ذو مروءة بترك غير لائق)** ابن شاس: الوجه الثاني المروءة، فيشترط في العدل أن يكون مستعملاً لمروءة مثله. ابن عرفة: المروءة هي المحافظة على فعل ما تركه من

بِتَرْكِ غَيْرِ لائِقٍ. مِنْ حَمَامٍ، وَسَمَاعِ غِنَاءٍ،

بالضم لغة عن ثعلب. انتهى. ص: (**بترك غير لائق من حمام**) ش: قال في التوضيح عن ابن محرز: الإدمان على لعب الحمام والشطرنج جرحة وإن لم يقامر عليها. قال في آخر كتاب الرجم: ولا تجوز شهادة لاعب الحمام إذا كان يقامر عليها، واختلف الشيوخ هل يقيد ما قاله في غير هذا الموضع بهذا القيد أي المقامرة أو خلاف انتهى. وقال في الشامل بترك غير لائق من لعب بحمام وإن دون قمار على الأصح انتهى. لكن يفهم من كلامه في التوضيح اشتراط الإدمان، وظاهر كلام المصنف هنا خلاف ذلك. وعزا أبو الحسن التقييد بالإدمان لكتاب الشهادات. ويفهم من كلام المصنف وغيره من أهل المذهب أن اللعب بالحمام غير حرام ولكنه غير لائق والله أعلم. ص: (**وسماع غناء**) ش: قال في التوضيح: الغناء إن كان بغير آلة فهو مكروه ولا يقدح في الشهادة بالمرة الواحدة بل لا بد من تكرره. وكذا نص عليه ابن عبد الحكم لأنه حينئذ يكون قادحاً في المروءة. وفي المدونة: ترد شهادة المغني والمغنية والنائح والنائحة. إذا عرفوا بذلك. المازري؛ وأما الغناء بآلة فإن كانت ذات أوتار كالعود والطنبور فممنوع وكذلك المزمار. والظاهر عند بعض العلماء أن ذلك يلحق بالمحرمات وإن كان محمد أطلق في سماع العود أنه مكروه وقد يريد بذلك التحريم. ونص محمد بن عبد الحكم على أن سماع العود ترد به الشهادة قال: إلا أن يكون ذلك في عرس أو صنيع ليس معه شراب يسكر

المباح يوجب الذم عرفاً كترك المليء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافياً، وعلى ترك ما فعل من مباح يوجب ذمه عرفاً كالأكل عندنا في السوق وفي حانوت الطباخ لغير الغريب. ابن رشد: لا ترد شهادة ذوي الحرف الدنيئة كالكناس والحجام إلا من رضيها اختياراً مما لا تليق به لأنها تدل على خبل في عقله. البرزلي: حكى عن الصالح أبي العباس السبتي حالات ومع ذلك لم يعتقد فيه إلا الخير لما اشتهر من صلاحه وزهده وإيثاره، وكذا حكى الشيخ الصالح الراوية البطريني أن الولي المشهور الزواوي كان مخرب الظاهر وهو عند العامة مشهور بالولاية فلا يقدح في عدالته تخريب ظاهره. وقال شيخنا الإمام: الحياكة بحسب البلدان وهي في إقليم إفريقية من الصناعات الرفيعة يستعملها وجوه الناس، وكذا كل صنعة بحسب رفعتها وخستها (**من حمام**) من المدونة: يجرح الشاهد بثبوت لعبة بالحمام إذا كان يقامر عليها. محمد: من فعله على قمار أو أدمن عليه ردّت شهادته (**وسماع غناء**) المازري: الغناء لا بآلة عندنا مكروه. قال ابن عبد الحكم: من أدمن على سماع غناء ردّت شهادته فيمكن أنه رآه علماً على سقوط المروءة. ومن المدونة قال مالك: تردّ شهادة المغني والمغنية والنائحة إن عرفوا بذلك بشرط اشتهارهم بذلك، والاشتهار بذلك يدل على الخساسة. قال: ولما حرمت الخمر وكان ضرب الأوتار والنفخ في المزمار يقارن شربها غالباً ويحرك النفس إلى شربها، انسحب حكم التحريم على ذلك بخلاف ما لا يطرب ولا يدعو إلى الشرب. وفي الإحياء: كل آلة يستخرج منها صوت مستطاب موزون فإن كان مما يعتاده أهل الشرب حرم سماعها وإلا فهي باقية

وَدِبَاغَةٍ، وَحِيَاكَةٍ آخْتِيَاراً، وَإِدَامَةِ شَطَرَنْجٍ، وَإِنْ أَعْمَى فِي قَوْلٍ، أَوْ أَصَمَّ فِي فِعْلٍ،

فإنه لا يمنع من قبول الشهادة قال: وإن كان ذلك مكروهاً على كل حال وقد يريد بالكراهة التحريم كما قدمنا انتهى. ونقله ابن عرفة أيضاً. ص: **(وحياكة) ش:** قال البرزلي: رأيت لبعضهم أن هذه الصناعات إن صنعها تصغيراً لنفسه أو ليدخل السرور بها على الفقراء أو يتصدق بما يأخذ فإنها حسنة وإلا فهي جرحة. انتهى. ص: **(وإدامة شطرنج) ش:** قال في الشامل: وإدامة شطرنح ولو مرة في العام، وقيل أكثر. وهل يحرم أو يكره؟ قولان، وثالثها أن لعبه محرم مع الأوباش على طريق حرم وفي الخلوة مع نظائره بلا إدمان وترك مهم ولهي عن عبادة جاز. وقيل: إن ألهي عن الصلاة في وقتها حرم وإلا جاز. انتهى. ص: **(وإن أعمى في قول) ش:** شهادة الأعمى في الأقوال المشهور فيها أنها جائزة وشهادته في غير الأقوال لا تجوز. وهذا فيما تحمله بعد العمى، وأما ما تحمله من الشهادة في غير الأقوال قبل العمى فظاهر كلام بعض أصحابنا كالمصنف في توضيحه وابن عبد السلام في شرحه وابن فرحون في تبصرته أنها لا تجوز لأنهم ينقلون أولاً المذهب ثم يقولون، وقال الشافعي: تجوز فيما تحمله قبل العمى.

على أصل الإباحة قياساً على صوت الكبر، بل أقول: سماع الأوتار ممن يضربها على غير وزن حرام أيضاً اهـ. راجع أواخر قواعد عز الدين وفتاويه في حكم السماع وهو أولى من يقلد في هذا الباب **(كدباغة وحياكة اختياراً)** تقدم هذا وقول ابن عرفة إن الحياكة من الصناعات الرفيعة **(وإدامة شطرنج)** من المدونة: من أدمن على اللعب بالشطرنج لم تجز شهادته وإن كان إنما هو المرة بعد المرة فشهادته جائزة إذا كان عدلاً. وكره مالك اللعب بها وقال: هي أشد من النرد. وقال الأبهري: تجوز شهادة من لا يدمن على اللعب بالشطرنج إذ لا يخلو الإنسان من لهو ومزح يسير، وقد روينا عن جماعة من التابعين أنهم كانوا يلعبون بالشطرنج اهـ. ما لابن يونس. وقال أبو عمر: قول مالك «إن كان لعبه بالشطرنج إنما هو المرة بعد المرة فشهادته جائزة» يدل على أن اللعب بها ليس بمحرم لنفسه وعينه أنه لو كان كذلك لاستوى قليله وكثيره في تحريمه وليس اللعب بها بمضطر إليه ولا مما لا ينفك عنه فيعفى عن اليسير منه قال: وممن أجاز اللعب بالشطرنج على غير قمار سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ومحمد بن المنكدر ومحمد بن سيرين وعروة بن الزبير وابنه هشام وسليمان بن يسار والشعبي والحسن البصري وربيعة وعطاء، ومن كتاب ابن سحنون: من كان يبيع النرد والزمامير والعيدان والطنابير لم تجز شهادته. ابن عرفة: وكذا من يشتغل بطلب علم الكيمياء. وأفتى الشيخ الصالح المنتصر بمنع إمامته. وحدثني شيخي ابن سراج رحمه الله تعالى أن إنساناً أخبره أنه يحكم علمها قال رحمه الله: فقلت له: الذي أفتيك به من جهة الفقه أنه لا بد أن تبين للذي تشتري منه أنها مدبرة إذ لا يحل لأحد أن يكتم أحداً من أمر عرضه ما إذا ذكره كرهه الآخر، أو كان ذكره أبخس له وكل الناس يؤثر المعدني على المدبر **(وإن أعمى في قول أو أصم في فعل)** ابن شاس: تقبل شهادة الأصم في الأفعال. ابن عرفة: هذا نحو نقل المازري عن المذهب «يجوز شهادة البصير فيما يصح أن يعلمه

لَيْسَ بِمُغَفَّلٍ، إلاَّ فِيمَا لاَ يَلْبِسُ، وَلاَ مُتأَكِّدَ الْقُرْبِ. كَأَبٍ، وَإِنْ عَلاَ، وَزَوْجِهِمَا وَوَلَدٍ، وَإِنْ سَفَلَ.

فتخصيصهم التفرقة بين ما تحمله قبل العمى وبين ما تحمله بعده، فالشافعي يدل على أن المذهب عدم التفصيل. وقال في الجزء الأول من شهادات النوادر: وقد قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: ما شهد عليه قبل أن يعمى قبلناه. قال سحنون: ولا فرق بين ذلك لأنه حين قبولها أعمى انتهى. فظاهر كلام سحنون أن مذهبنا لا فرق خلافاً القول ابن أبي ليلى وأبي يوسف فتأمل ذلك. وصرح الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد بأنه إذا تحملها قبل العمى أنها تقبل منه ونصه عند قول صاحب الإرشاد: وتقبل من الأعمى فيما لا يشبه عليه من الأقوال. قال في شرح العمدة: معناه تجوز شهادة الأعمى على الأقوال إذا كان فطناً ولا تشتبه عليه الأصوات ويتيقن المشهود له. وعليه فإن شك في شيء من ذلك لم تجز شهادته ولا تقبل في المرئيات إلا أن يكون قد تحملها بصيراً ثم عمي وهو يتيقن عين المشهود عليه أو يعرفه باسمه ونسبه انتهى. وقال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب الشهادات: مال المصنف يعني البخاري إلى إجازة شهادة الأعمى وهو قول الليث، سواء علم ذلك قبل العمى أو بعده. وفصل الجمهور فأجازوا ما تحمله قبله لا بعده وكذا ما يتنزل فيه منزلة البصير كان يشهده شخص بشيء ويتعلق هو به إلى أن يشهد به عليه. انتهى. ص: **(ولا متأكد القرب كأبٍ وإن علا الخ)** ش: قال ابن عرفة: المازري: لا تجوز شهادة الأب وإن علا لولده وإن سفل كان جداً من قبل الأب أو الأم ولا شهادة بني بنيهم لهم وهو مشهور مذهب مالك والشافعي: وذكر بعض متأخري الشافعية عن مالك قبول شهادة الولد لأبيه دون الأب لابنه وهو حكاية مستنكرة عند المالكية وربما كانت وهماً من ناقلها. انتهى.

البصير». ولابن شعبان: شهادة الأخرس جائزة إذا عرفت إشارته. ابن عرفة: قبول شهادته كصحة عقد نكاحه وثبوت طلاقه وقذفه وكلاهما فيه **(ليس بمغفل)** ابن عبد الحكم: لا تقبل شهادة العدل الغير المأمون على ما يقول وقد يكون عدلاً ولا يؤمن أن يغتفل أو يضرب على خطه ويشهد على الرجل ولا يعرفه يتسمى له بغير اسمه، فمن كانت هذه حالته فلا تقبل شهادته **(إلا فيما لا يلبس)** المازري: إطلاق المتقدمين رد الشهادة بالبله والغفلة، قيده بعض المتأخرين بما كثر من الكلام والجمل المتعلق بعضها ببعض لا في نحو قوله رأيت هذا الشخص قتل هذا الشخص أو سمعته قال هي طالق **(ولا متأكد القرب كأب وإن علا وأم)** ابن عرفة: من موانع الشهادة تهمة الحب لأصل أو عارض. روى ابن نافع يدخل في قول ابن عمر لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين شهادة الأبوين والولد وأحد الزوجين للآخر. المازري: لا تجوز شهادة الأب وإن علا لولده وإن سفل، كان جداً من قبل الأب أو الأم، ولا شهادة بني بنيهم لهم **(وزوجهما)** ابن الحاجب: من الموانع أكيد الشفقة بالنسب كالأبوة والبنوة وكذلك الزوجية فيهما **(وولد وإن سفل)** تقدم نص المازري «ولولده وإن سفل» **(كبنت الولد)** شمل الذكر والأنثى وإنما خص البنت توطئة **(وزوجهما)** اللخمي قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة الرجل

كَبِنْتٍ وَزَوْجِهِمَا وَشَهَادَةُ ٱبْنٍ مَعَ أَبٍ، وَاحِدَةٌ كَكُلٍّ عِنْدَ الآخَرِ، أَوْ عَلَى شَهَادَتِهِ، أَوْ حُكْمِهِ،

فرع: قال ابن عرفة: ابن سحنون عنه: شهادة الولدين أن فلاناً شج أباهما وهما مسلمان والأب عبد أو مكاتب مسلماً أو نصرانياً ساقطة، وكذا لو شهد لأبيهما وقد مات نصرانياً بدين على فلان وترك ولداً نصرانياً. وكذا لو شهدا أن أباهما العبد جنى على رجل جناية وأن سيده باعه أو أعطاه أحداً. ابن عبدوس عن سحنون: وكذا شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولا تجوز شهادة الأبوين أو أحدهما للولد ولا الولد لهما ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الجد لابن ابنه ولا الرجل لجده، ولا يجوز لأحد من هؤلاء شهادة الآخر في حق أو تزكية أو تجريح من شهد عليه انتهى. زاد ابن يونس بعد قوله: ولا الرجل لجده من قبل الرجال والنساء كان المشهود له حراً أو عبداً أو مكاتباً انتهى. وقال ابن عرفة وفيها: لا تجوز لأحد الزوجين على صاحبه. زاد ابن سحنون: كان المشهود له حراً أو عبداً أو مكاتباً انتهى. وهذه العبارة التي قالها لا معنى لها فتأمله ولفظ المدونة ما تقدم.

فرع: ولا تجوز شهادة الرجل لزوجة أبيه ولا لزوجة ابنه ولا لابن زوجته ولا لأبيها عند ابن القاسم خلافاً لسحنون. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات. وقال في رسم جاع من سماع عيسى: وأما شهادة الرجل لابن زوج ابنته وأبويه فلا يخالف ابن القاسم سحنون في جوازها لهم لبعد التهمة وإنما يخالفه فيما تقدم انتهى. وقال ابن عرفة: اللخمي: لابن القاسم في العتبية: لا تجوز شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ولده انتهى. وفي النوادر: ومن هذه الكتب كلها إلا كتاب ابن حبيب. قال ابن القاسم: ولا تجوز شهادته لزوجة أبيه ولا لزوجته ولا لابن امرأته ولا لوالدها وكذلك المرأة لابن زوجها انتهى. وإذا كانت شهادته لزوجة أبيه غير جائزة عند ابن القاسم مع بعد التهمة للعداوة التي بينهما في الغالب، فشهادة الرجل لزوج أمه أحرى بعدم الجواز كما دل عليه كلام المصنف وقبله الشارح فإني لم أقف عليه الآن منصوصاً، بل مقتضى كلام المصنف عدم صحة شهادة الشخص لزوجة جدّه وزوج جدّته وإن بعدا، وعدم صحة شهادة الشخص لزوجة ابن ابنه وزوجة بنت ابنه وإن سفلا، ولم أقف على التصريح بجميع ذلك فتأمله والله أعلم. ص: **(وشهادة ابن مع أب واحدة ككل عند الآخر على شهادته أو حكمه)** ش: هذا قول أصبغ. وقال سحنون بجواز الجميع بشرط التبريز كما قاله ابن رشد في أول سماع ابن القاسم من الشهادات. وقال

لزوج ابنته ولا لزوجة ولده. **(وشهادة ابن مع أب واحدة لكل عند الآخر أو على شهادته أو حكمه)** انظر ما معنى هذا. قال ابن رشد: الخلاف في شهادة الأب عند ابنه، والابن عنده، وشهادة كل منهما على شهادة صاحبه، وشهادة كل منهما على حكم صاحبه، وشهادة كل منهما مع صاحبه واحد. قيل: كل ذلك جائز وهو قول سحنون ومطرف. وقيل: ذلك غير جائز وهو قول أصبغ، وفرق

بِخِلاَفِ أَخٍ لأَخٍ، إِنْ بَرَزَ؛ وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ،

ابن رشد في اللباب: وشهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به انتهى. وقال ابن فرحون: ولو شهد الأب مع ابنه عند الحاكم جازت على القول المعمول به. وقال بعض الموثقين: شهادتهما بمنزلة شهادة واحدة. وفي معين الحكام: والقول بأنهما بمنزلة شاهدين أعدل ثم قال: وتعديل أحدهما الآخر لم يجزه أحد من أصحاب مالك إلا ابن الماجشون قال: إن لم يكن التعديل نزعه ولم يكن به قام وإنما نزعه وقام به إحياء شهادته فلا بأس أن يصفه بما تتم به شهادته وفيه بعد. قال ابن عرفة: وما أدركت قاضياً حفظه الله من تقديم ولده أو قريبه إلا قاضياً واحداً جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به انتهى. ثم قال: مسألة: وأما شهادة الأخوين في شيء فشهادتهما جائزة وليسا كالأب وابنه.

تنبيه: قد تلحقهم التهمة فلا تجوز شهادتهما كما لو شهد أخوان أن هذا ابن أخيهما الميت والمشهود له ذو شرف، فإن النسب لا يثبت بشهادتهما ويثبت للمشهود له المال إن ادعاه والله أعلم.

فرع: تنفيذ القاضي حكم والده أو ولده لم أر فيه نصاً، والظاهر جواز ذلك لأن للحاكم أن ينفذ حكم نفسه إذا قامت عليه بينة، وإن نسيه أو أنكره فكذلك حكم ولده أو والده فتأمله والله أعلم. ص: **(بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل)** ش: ويشترط فيه أن لا يكون في عياله، ويشترط ذلك أيضاً في شهادة المولى لمعتقه والصديق الملاطف والأجير. وقد نص على الثلاثة الأول في كتاب الشهادات من المدونة قال فيها: وتجوز شهادة الأخ لأخيه والرجل لمولاه أو لصديقه أو الملاطف إلا أن يكون من عياله أحد من هؤلاء يمونه فلا تجوز شهادته له، وتجوز شهادة الرجل لشريكه المفاوض إذا شهد له في غير التجارة إذا كان لا يجر لنفسه بذلك شيئاً انتهى. وقال في أول الكتاب: ولا تجوز شهادة من هو في عيال الرجل له وكذلك الأخ والأجنبي إذا كانا في عياله، فإن لم يكونا في عياله جازت شهادتهما إذا كانا مبرزين في العدالة في الأقوال والتعديل. قال في التنبيهات: المبرز بكسر الراء المشددة أي ظاهر العدالة سابقاً غيره متقدماً. وأصله من تبريز الخيل في السبق وتقدم سابقها وهو المبرز لظهوره وبروزه أمامها انتهى. وقال ابن رشد في سماع ابن القاسم من الشهادات: يشترط التبريز في العدالة على مذهب ابن القاسم فيمن سئل في مرضه شهادة لتنقل عنه فقال لا أعلمها ثم شهد

ابن الماجشون وهو تناقض، وأما تعديل أحدهما الآخر فلم يجزه أحد من أصحاب مالك إلا ابن الماجشون وفي ذلك بعد. ابن عرفة: ما أدركت قاضياً حفظه الله من تقديم ولده أو قريبه إلا قاضياً واحداً جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به. ولبعض شيوخ الشورى بقرطبة: شهادة الأخوين في حق واحد لرجل جائزة وليس كالابن مع أبيه **(بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل وتؤولت أيضاً بخلافه**

وَتُؤُوِّلَتْ أَيْضاً بِخِلاَفِهِ. كَأَجِيرٍ، وَمَوْلًى، وَمُلاَطِفٍ، وَمُفَاوِضٍ فِي غَيْرِ مُفَاوَضَةٍ، وَزَائِدٍ

بها واعتذر بأنه خشي في مرضه عدم تثبته فيها. ومن زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها وشهادة الأخ لأخيه، والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، وشهادة المولى لمن أعتقه، وشهادة الصديق الملاطف لصديقه، وشهادة الشريك المفاوض لشريكه في غير مال المفاوضة انتهى. وسيأتي لفظ السماع في القولة التي بعد هذه ونقله ابن عرفة في المانع الثالث، وكان المؤلف استغنى عن هذا الشرط بقوله بعد هذا «ولا إن جربها» فإنهم جعلوا من ذلك شهادة المنفق عليه للمنفق فتأمله.

تنبيهان: الأول: قال سحنون في كتاب ابنه: معنى ليس الذي في عياله هو الأجير المشترك مثل الصناع وغيرهم. فأما الأجير الذي يصير جميع عمله لمن استأجره وهو في عياله أو ليس في عياله قد دفع إليه مؤنته، فلا يجوز أن يشهد له وإن كان معتزلاً عنه. انتهى من النوادر ونقله ابن يونس وأبو الحسن وزاد: قال اللخمي: ظاهر قول ابن القاسم أن المنع إذا كان في نفقته كانت النفقة بالطوع أو من الإجارة، لأن المظنة تتعلق بالوجهين جميعاً لأنه يخشى إن لم يشهد له أن يصرفه. وكذلك الأجير المشترك كالطرّاز والقصار لأنه يتهم في شهادته له أن يخصه بأعماله انتهى. وأما شهادة السمسار فقال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الأقضية في شرح قولها «ولا تجوز شهادة المعزول على ما حكم به» يقوم منه ومما فوقه. ومن قولها بعد، «ولا تجوز شهادة قسام القاضي» أن شهادة الخاطب والسمسار لا تجوز وفي ذلك خلاف، والفتوى بقبول شهادة الخاطب دون السمسار انتهى. لكن قيد في كتاب الأيمان بالطلاق عدم جواز شهادة السمسار بما إذا شهد فيما يتهم فيه ونصه عند قول المدونة: وإن شهد رجلان على رجل أنه أمرهما أن ينكحاه وأن يبتاعا له بيعاً وأنهما فعلا ذلك وهو ينكر، لم تجز شهادتهما عليه لأنهما خصمان. قال ابن ناجي: مثله في النكاح الأول حيث لم تجز شهادة الأب في عقدة النكاح لأنه شهد على فعل نفسه، ويقوم منهما أن شهادة السمسار لا تجوز وذلك فيما يتهم فيه كما إذا شهد في عقد البيع، وأما حيث لا يتهم فجائزة كما إذا شهد في الثمن وكانت أجرته لا تختلف، سواء باع بقليل أو كثير. ونص عليه بذلك الشعبي. وأفتى ابن الحاج بجواز شهادته ذكره فيما إذا أنكر المبتاع البيع. ويقوم منها أيضاً أن شهادة الخاطب لا تجوز وفيها خلاف حكاه صاحب الطراز في أول الأنكحة فقال: لا تجوز شهادة الخاطبين لأنهما معاً كخصمين. وقيل: إنما ذلك إذا أخذا على ذلك أجراً، فإن لم يأخذ أجراً جاز، وكانت الفتوى تجري به. وسئل عنها ابن رشد فأجاب بجوازها لعدم التهمة. وأما شهادة المشرف لمن يشرف عليه فسأل عنها عياض ابن رشد فأفتاه بالجواز وهو واضح لقول أحمد بن نصر وغيره إن تنازع

كأجير ومولي وملاطف ومفاوض في غير مفاوضة وزائد أو منقص وذاكر بعد شك وتزكية) ابن بشير: ستة لا يقبل فيها إلا العدل المبرز: الشهادة للأخ وللمولى وللصديق الملاطف ولشريكه في غير

....

المشرف والوصي عند من يكون المال فإنه يكون عند الوصي. ويقوم منها ما في سماع أصبغ من الشهادات فيمن دفع إلى رجلين مالاً وأمرهما أن يدفعاه إلى رجل وأن يشهدا عليه، فزعما أنهما فعلا ذلك وأنكر الرجل فقال: لا تجوز شهادتهما لأنهما يتهمان في دفع اليمين عنهما انتهى. فتحصل من كلامه أن شهادة السمسار جائزة فيما لا يتهم فيه بلا خلاف، وفي شهادته فيما يتهم فيه قولان وقعت الفتوى بكل منهما فتأمله والله أعلم. وتقدم الكلام على شهادة الخاطب والقسام والعاقد في كتاب القسمة.

فائدة: وقع في نوازل البرزلي في كتاب الإجارة للسماسرة عدة أسماء فسماهم في بعض المواضع سماسرة، وفي بعضها النخاسين، وفي بعضها الصاحة، وفي بعضها الدلالين، وفي بعضها الطوّافين، وفي بعضها الوكلاء من السماسرة والله أعلم.

الثاني: الصديق الملاطف هو المختص بالرجل الذي يلاطف كل واحد منهما صاحبه. ومعنى اللطف الإحسان والبر والتكرمة وهو أحد معاني تسميته لطيفاً، ولو كانت هذه الملاطفة من أحدهما للآخر كانت كمسألة الأخوين اللذين ينال أحدهما بر الآخر وصلته. انتهى من كتاب الأقضية من التنبيهات. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب في كتاب الإقرار: والصديق الملاطف هو الذي قيل فيه:

التجارة وإذا زاد في شهادته أو نقص والتعديل انتهى. وقال ابن رشد: يشترط التبريز في العدالة على مذهب ابن القاسم في شهادة الأخ لأخيه والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، وشهادة المولى لمن أعتقه، وشهادة الصديق الملاطف لصديقه، وشهادة الشريك المفاوض لشريكه في غير مال المفاوضة، وفيمن سئل في مرضه شهادة لتنقل عنه فقال: لا أعلمها ثم شهد بها واعتذر بأنه خشي في مرضه عدم تثبته فيها، ومن زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها. ابن عرفة: شهادة الأخ لأخيه بالمال. قال الباجي: إن كان الشاهد في نفقة المشهود له أو يتكرر عليه معروفه لم تجز شهادته له وإلا فثمانية أقوال، والذي في المدونة قال ابن القاسم: إذا لم يكن في عياله وكان مبرزاً في حاله جازت شهادته له في الأموال والتعديل، وكذلك قال ابن القاسم في المستخرجة إن الأخ يعدل أخاه. عياض: اشترط في شهادة الأخ أول الكتاب التبريز ولم يشترطه أثناءه، فحمله بعضهم على أنه خلاف، مرة اشترط التبريز ومرة لم يشترطه. وعلى اشتراط التبريز اختصرها الأكثرون وهو الأظهر، ويكون مرة بينه ومرة أهمله. وقال مالك في المدونة: لا تجوز شهادة من هو في عيال الرجل للرجل. قال ابن القاسم: وكذلك شهادة الأجير لمن استأجره إذا كان في عياله لأنه يجر إليه، وجره إليه جر إلى نفسه. فإن لم يكن في عياله جازت شهادته له إذا كان مبرزاً في العدالة. وقال مالك في المدونة أيضاً: تجوز شهادة المولى لمن أعتقه إذا كان عدلاً. قال ابن القاسم: ما لم يدفع بها عن نفسه شراً أو يجر إليها. وقال ابن عرفة: شهادة الصديق الملاطف الذي تحت إنفاق من شهد له لغو، وإن لم يكن تحت إنفاقه فطريق المازري

أَوْ مُنَقِّصٍ، وَذَاكِرٍ بَعْدَ شَكٍّ، وَتَزْكِيَةٍ وَإِنْ بِحَدٍّ مِنْ مَعْرُوفٍ: إِلاَّ الْغَرِيبَ:

إن أخاك الحق من كان معك ومن يضر نفسه لينفعك
ومن إذا ريب الزمان صدعك شتت فيك شمله ليجمعك

اهـ.

وهذا الذي قاله بعيد وقل أن يوجد أحد بهذه الصفات، فالأولى تفسيره بما في التنبيهات والله أعلم. ص: **(أو منقص)** ش:.

مسألة: وإذا نقص الشاهد بعض الشهادة ونسي البعض فيرد الجميع. قاله ابن رشد في نوازل أصبغ من الشهادات في آخر الكلام على مسألة من أعتق عبدين فشهدا بعد عتقهما أنه غصبهما من رجل ونصه: وإذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها أو سقط عن حفظه بعضها فإنها تسقط كلها بإجماع. انتهى. ص: **(وذاكر بعد شك)** ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: إذا سئل الشخص عن شهادة في مرضه لتنقل عنه أو ليشهد على شهادته تحصيناً لها، أو سئل عند الحاكم ليشهد بها فأنكرها وقال لا علم عندي منها ثم جاء يشهد، فإنه يقبل إذا كان مبرزاً في العدالة. وأما لو لقيه الذي عليه الحق فقال بلغني أنك تشهد علي بكذا فقال لا أشهد عليك بذلك ولا عندي منه علم وإن شهدت عليك فشهادتي باطلة، لم يقدح في شهادته ولا يضرها وإن أقام على قوله بينة. قال ذلك ابن حبيب في الواضحة. وهل يحمل على التفسير لقول مالك هذا انتهى. وفيه: أما إذا قال الشاهد بعد شهادته للمشهود عليه إن كنت شهدت عليك بذلك فأنا مبطل فإنه رجوع عن الشهادة، وذكر فيه ابن رشد خلافاً.

فرع: قال في الطراز في الذي يسأل الشهادة فيقول هي اليوم عندي ألف سنة قال بعضهم: هو جاهل ولا تسقط شهادته لأنه محمول على المبالغة، وقد قال عليه الصلاة والسلام «لا يضع عصاه عن عاتقه».

فرع: قال ابن رشد في مسائل الشهادات في نوازله في رجل شهد لرجل شهادة، فقال

مشهور المذهب قبول شهادته لصديقه إن كان ليس في نفقته ولا يشتمل عليه بره وصلته. وقال سحنون: لا يجوز في التزكية في العلانية إلا المبرز النافذ الفطن الذي لا يخدع في عقله ولا يستذل في رأيه. ومن المدونة قال مالك: لا يقبل في التزكية أقل من رجلين، وإن ارتضى القاضي رجلاً للكشف جاز أن يقبل منه ما نقل إليه من التزكية على رجلين لا أقل من ذلك **(وإن بحد)** المتيطي: والتعديل يجوز في كل شيء في الدماء وغير ذلك. قاله مالك في المدونة خلافاً لأحمد بن عبد الملك **(من معروف إلا الغريب)** من المدونة: إن شهد قوم على حق فعدلهم قوم غير معروفين وعدل المعدلين آخرون، فإن كانت الشهود غرباء جاز ذلك، وإن كانوا من أهل البلد لم يجز لأن القاضي لا يقبل

بِأَشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ رِضاً مِنْ فَطِنٍ عَارِفٍ لاَ يُخْدَعُ، مُعْتَمِدٍ عَلَى طولِ عِشْرَةٍ؛ لاَ سَمَاعٍ مِنْ سُوقِهِ، أَوْ مَحَلَّتِهِ؛ إِلاَّ لِتَعَذُّرٍ وَوَجَبَتْ، إِنْ تَعَيَّنَ كَجَرْحٍ، إِنْ بَطَلَ حَقٌّ، وَنُدِبَ تَزْكِيَةُ سِرٍّ مَعَهَا مِنْ مُتَعَدِّدٍ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ الاسْمَ، أَوْ لَمْ يَذْكُرِ السَّبَبَ،

المشهود عليه للمشهود له ما بال هذا الشاهد لم يؤد لك هذه الشهادة منذ كذا وكذا، فقال له المشهود له إنه لتحريه وتوسوسه توقف وتثبت حتى جاء بنص كلامك مخافة أن يزيد عليك فيه شيئاً لم تقله، فزعم المشهود عليه أن قول المشهود له المنصوص فوق هذا مسقط لشهادة الشاهد لما فيه من ذكر الوسوسة. فأجاب: إن ذلك لا يبطل شهادة الشاهد لأنه إنما وصفه بالتحري والتثبت. انتهى مختصراً. ص: **(فأشهد أنه عدل رضاً)** ش:.

فرع: ذكر الدماميني في حاشية البخاري في كتاب الشهادات في قوله «لا نعلم إلا خيراً» إن هذا اللفظ لا يفيد التزكية وإنما يكتب في التبرئة من التهم فيقولون في عقد التبرئة لا يعلم شهوده على فلان إلا خيراً، ولا بد في هذه الشهادة من خبرته ومباطنته، وكذلك قوله «لا أعلم له وارثاً» وقوله «لا أعلم له مالاً» انتهى. ص: **(كجرح إن بطل حق)** ش: وعكس هذه

عدالة على عدالة **(فأشهد أنه عدل رضاً)** من المدونة: لا يجزي في التعديل إلا القول بأنهم عدول مرضيون **(من فطن عارف لا يخدع)** تقدم نص سحنون بهذا **(معتمد على طول عشرة)** سحنون: لا يزكي إلا من خالطه في الأخذ والإعطاء وطالت صحبته إياه في السفر والحضر. اللخمي: ولا يقبل التعديل بيسير المخالطة **(لا سماع)** ابن الحاجب: وجه التعديل هو أن يعرف عدالته بطول الصحبة والمعاشرة لا بالتسامع **(من سوقه أو محلته إلا لتعذر)** اللخمي: لا يقبل تعديله من غير سوقه ومحلته، فإن وقف أهل سوقه ومحلته عن تعديله فذلك ريبة، فإن لم يكن فيهم عدل قبل من سائر بلده. المتيطي: لا يزكي الشاهد إلا أهل مسجده وسوقه وجيرانه. رواه أشهب. وقال مطرف وابن الماجشون: ولا يزكي الشاهد من شهد معه أو نقل معه شهادة في ذلك الحق **(ووجبت إن تعين كجرح إن بطل حق)** ابن يونس: قال ابن المواز: يجوز أن يزكي الرجل إذا كان عنده عدلاً وكذلك في تجريحه من هو عنده غير عدل لأن في ذلك إحياء للحق فلا يسعه ترك ذلك **(كجرح)** وسيأتي عند قوله «كالزنا» أن الشهادة تجب بالتجريح **(وندب تزكية سر معها)** سمع القرينان: أترى المسألة عن الشهود سراً؟ قال: نعم وهو تعديل السر ينبغي للقاضي فعله ولا يكتفي بتعديل العلانية دونه، ويكتفي بتعديل السر دون تعديل العلانية. حكى هذا ابن حبيب عن أصبغ والأخوين. ومعناه في الاختيار لا على اللزوم على ما في المدونة وغيرها **(من متعدد)** ابن رشد: تعديل السر يفترق من العلانية أنه لا إعذار فيه وفي أنه يجزىء فيه الشاهد الواحد بخلاف العلانية في الوجهين، وقد تقدم قول المدونة إن نقل تزكية السر تكون عن رجلين فانظره مع هذا **(وإن لم يعرف الاسم)** سحنون: من عدل رجلاً لم يعرف اسمه قبل تعديله **(أو لم يذكر السبب)** ابن الحاجب: لا يجب ذكر سبب التعديل. ابن المواز: التزكية جائزة من غير تفسير. وروى ابن وهب: قوله «لا أعلم إلا خيراً» لغو. ابن عرفة: ومثله لا بأس به **(بخلاف**

بِخِلاَفِ الْجَرْحِ، وَهُوَ مُقَدَّمٌ، وَإِنْ شَهِدَ ثَانِياً: فَفِي الاكْتِفَاءِ بِالتَّزْكِيَةِ الأُولَى: تَرَدُّدٌ. وَبِخِلاَفِهَا لأَحَدِ

المسألة إن شهد الشاهد بحق وأنت تعلم جرحته، فهل يجوز لك أن تجرحه؟ ذكر فيه ابن رشد في سماع ابن القاسم في رسم الشجرة وفي سماع عيسى وفي سماع سحنون قولين ورجح أنه لا يشهد بجرحته. ص: **(بخلاف الجرح)** ش:.

مسألة: إذا قال أحد المجرحين في أحد الشاهدين هو كذاب، وقال الآخر فيه هو آكل ربى، فليس بتجريح حتى يجتمعا على شيء واحد. وإن قال أحدهما هو خائن وقال الآخر يأكل أموال اليتامى فذلك تجريح لأنه معنى واحد. وقال أيضاً: إذا جرحه أحدهما بمعنى وجرحه الآخر بمعنى آخر فذلك تجريح لأنهما قد اتفقا على أنه رجل سوء. قال ابن حبيب: وسألته قبل ذلك عن تجريحهما إياه بأنه رجل غير مقبول الشهادة وقال لا يسمى بالجرحة فقال: هي جرحة ولا يكشف عن أكثر من هذا. انتهى من ابن سهل. ص: **(وهو المقدم)** ش: قال في النوادر: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا عدل الشهود عنده ثم أتى من يجرحهم فإنه يسمع الجرحة فيهم أبداً ما لم يحكم، فإذا حكم لم ينظر في حالهم بجرحة ولا بعدالة في ذلك الحكم. انتهى من كتاب الأقضية الثاني وآخر ترجمة المحكوم عليه يجد بعد الحكم بينة أو منفعة من تجريح أو غيره. وقال في الطرر في ترجمة وثيقة بتجريح عداوة. ولابن الماجشون: إن جرح رجلان عدلاً ثم جاء المجرح بمن يعدله لم نقبله ولو بألف عدل، وقاله أصبغ من رواية أبي زيد عنهما انتهى. والظاهر أن هذا على سبيل المبالغة. ص: **(وبخلافها لأحد ولديه على الآخر**

الجرح) اللخمي: في قبول التجريح إجمالاً على أربعة أقوال: قيل: يقبل، وقيل: لا، وقال الإخوان يقبل ممن يعرف وجه التجريح كان المجرح ظاهر العدالة أم لا. وقال أشهب: لا يقبل في مشهور العدالة إلا مفسر. المازري: أكد الشافعي في وجوب الكشف في الجرح لأن شاهداً جرح شاهداً فسئل عن جرحته فقال: رأيته يبول قائماً. فقيل له: وإذا بال قائماً ماذا يكون؟ قال: يتطاير عليه البول. فقيل له: هل رأيته صلى بعد ذلك؟ قال: لا، فظهر غلطه **(وهو المقدم)** ابن عرفة: إن اجتمع تعديل وتجريح فطرق. روى ابن نافع عن مالك في الشاهد يعدله رجلان ويأتي المطلوب برجلين فيجرحانه فقال مالك: ينظر إلى الأعدل من الشهود فيؤخذ به. وقال ابن نافع: المجرحان أولى لأنهما زادا ويسقط التعديل. وقاله ابن أبي حازم وسحنون. وقال: لو عدله أربعة وجرحه اثنان والأربعة أعدل أخذت بشهادة المجرحين لأنهما علما ما لم يعلمه الآخرون **(وإن شهد ثانياً وفي الاكتفاء بالتزكية الأولى تردد)** ابن رشد: المجهول الحال إذا عدل مرة في أمر ثم شهد ثانية فقال سحنون: يطلب تعديله كلما شهد حتى يكثر تعديله ويشتهر مطلقاً. وقال ابن القاسم: يكتفي بالتعديل الأول حتى يطول سنة، فلو طلب تعديله بالقرب على قول سحنون أو بالبعد على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك لفقد من عدله أولاً، وجب قبول شهادته لأن طلب تعديله ثانية إنما هو استحسان. ابن عرفة: العمل قديماً وحديثاً على قول سحنون **(وبخلافها لأحد ولديه على الآخر أو أبويه إن لم يظهر ميل له)** سمع عيسى ابن

وَلَدَيْهِ عَلَى الآخَرِ، أَوْ أَبَوَيْهِ: إِنْ لَمْ يَظْهَرْ مَيْلٌ لَهُ، وَلاَ عَدُوٌّ وَلَوْ عَلَى ابْنِهِ،

أو أبويه إن لم يظهر ميل له) ش: هذا مخرج أرضاً من عدم قبول شهادة متأكد القرابة فهو معطوف على «خلاف» من قوله «بخلاف أخ لأخ». وأعاد العامل لطول الفصل. والضمير في «بخلافها» عائد إلى الشهادة، والمعنى أن شهادة الولد أو الوالدة لأحد ولديه على الآخر جائزة إن لم يظهر ميل للمشهود له، وكذلك شهادة الولد ذكراً كان أو أنثى لأحد أبويه على الآخر جائزة إن لم يظهر ميل للمشهود له. فقوله «إن لم يظهر ميل» قيد في المسألتين، ومفهوم الشرط أنه إن ظهر ميل للمشهود له لم تجز الشهادة اتفاقاً، وأما إن لم يظهر ميل فالذي رجحه ابن محرز واللخمي ومشى عليه المصنف وهو قول ابن القاسم قبول الشهادة، لأن الشاهد استوت حاله فيمن شهد له، وعليه فصار كمن شهد لأجنبي. وقال سحنون: لا تجوز شهادة الأب لابنه على كل حال. واشترط بعضهم في قبول هذه الشهادة التبريز ولم يذكره المصنف، فإن ظهر الميل للمشهود عليه قال ابن الحاجب: فأولى بالجواز. قال في التوضيح: يريد على القول بالجواز ولا يريد أنه يتفق على الجواز لأن سحنوناً يمنع وإن شهد للأكبر على الأصغر، والرشد على السفيه، وللعاق على البار وكأنه رآه حكماً غير معلل وأن المنع في ذلك للسنة انتهى. وقال في الشامل: وإن ظهر ميل للمشهود عليه جازت على المشهور انتهى.

فرع: قال في التوضيح. قال ابن رشد: وإن شهد لأبيه على ولده أو لولده وليس في حجره فيخرج على الخلاف في شهادته لأحد أبويه على الآخر، ولو شهد لأبيه على جده أو لولده على ولد ولده لانبغى أن لا تجوز اتفاقاً، ولو كان على العكس لانبغى أن تجوز اتفاقاً. انتهى . ص: **(ولا عدو ولو على ابنه) ش:** يريد إذا كانت العداوة بينه. قال في التوضيح: فإن

القاسم: لا تجوز شهادة الأب لابنه الصغير أو السفيه على كبير لتهمته بالجر لنفسه لمكان الذي في حجره وولايته، وإن شهد لكبير على صغير أو لكبير على كبير جازت إن كان عدلاً لا أن يكون المشهود له ممن يتهم عليه الانقطاع عنه إليه والأثرة له على غيره وليس بمنزلته أو عرف جفوته للمشهود عليه دون الآخر فلا يجوز. لسحنون عن ابن القاسم مثله. ابن رشد: في شهادة الولد لأحد أبويه تفصيل. وقال ابن يونس: قال مالك في الابن يشهد لأحد أبويه على الآخر، لا تجوز إلا أن يكون مبرزاً أو يكون ما شهد به يسيراً. ابن رشد: وشهادة الابن على أبيه بطلاقه أو شهادته عليه بطلاق أمه جائزة إلا أن تكون هي طالبة للطلاق، وبطلاق غير أمه جائزة إن كانت أمه ميتة وغير جائزة إن كانت حية في عصمته إلا أن تكون المرأة هي الطالبة للطلاق **(ولا عدو على عدو)** ابن عرفة: عداوة الشاهد للمشهود عليه معتبرة في المانعية اتفاقاً. وفي نوازل سحنون: إن كانت العداوة بين الشاهد والمشهود عليه في أمر الدنيا في الأموال والمواريث والتجارة ونحوها سقطت شهادته عليه، وإن كانت غضباً لله لفسقه وجراءته على الله لا لغير ذلك لم تسقط. ابن رشد: هذا مفسر لجميع الروايات **(ولو على ابنه)** ابن رشد: شهادته على ابن عدوه أو أبيه بقتل أو حد ساقطة وفي المال والجراح ثالثها

أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ، وَلْيُخْبِرْ بِهَا:

قلت: ما أفاد قوله يعني ابن الحاجب عكس القرابة؟ قيل: فائدتين: الأولى تقييد العداوة وبالبينة كما قيد في القرابة تأكيد الشفقة. قال ابن كنانة في المجموعة: إن كانت الهجرة في أمر خفيف فشهادة أحدهما تقبل على الآخر، وأما المهاجرة الطويلة والعداوة البينة فلا تقبل. انتهى. ونقله ابن عرفة عن المازري ونصه المازري: قال ابن كنانة: إن كانت العداوة خفية على أمر خفيف لم تبطل الشهادة.

تنبيه: والعداوة المانعة هي العداوة بسبب أمر دنيوي. قال ابن الحاجب: وشرطها أن تكون عن أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب أو خصام وإن كان أصله دنياً يتشوف به عادة إلى أذى يصيبه. وقوله «ولو على ابنه» مثله أبوه كما صرح به في البيان. وكذا أمه. نقله ابن عرفة عن الشيخ. وتجوز على عدو أخيه في المال. نقله في رسم باع من سماع عيسى من كتاب الشهادات.

فرع: وتجوز على صبي أو سفيه في ولاية عدوه على الأصح.

فرع: من كان بينهما عداوة معلومة ثم اصطلحا جازت شهادة كل منهما على صاحبه إذا طال الأمر واستحق الصلح وظهرت براءتهما من دخل العداوة لأنه يتهم إذا شهد بقرب صلحه أنه إنما صالحه ليشهد عليه. قاله في سماع أشهب ونقله ابن عرفة. وقال في المسائل الملقوطة: مسألة: قوم بينهم فتنة أو بين آبائهم وأجدادهم ثم اصطلحوا فلا يشهد بعضهم على بعض حتى ينقضي القرن الذين شاهدوا الفتنة. قاله مالك في أسئلة محمد بن سالم. وفي النوادر ومثله لابن العربي في الأحكام واستدل بقوله تعالى ﴿قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر﴾ [آل عمران: ١١٨] من الأحكام من مسائل الحكام. انتهى. **ص: (وليخبر بها)** ش: أي بالعداوة. والمسألة في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات وفي النوادر، ورجح ابن رشد القول بأنه لا يخبر بها. وانظر إذا كان الشاهد يعلم من نفسه الجرحة، والظاهر أنه لا يجوز له أن يذكر ذلك، وتقدم في باب الصوم أن مرجوّ

في الجراح. ابن الحاجب: شهادة العدو على ابن عدوه بمال وما لا تلحق الأب منه معرة. قال ابن القاسم: لا تجوز **(أو مسلم وكافر)** عياض: قوله في آثار الكتاب «تجوز شهادة المسلمين على الكفار» هذا ما لا يختلف فيه، وعداوة الدين غير معتبرة لأنها عامّة غير خاصة، وإنما تعتبر العداوة الخاصة. واختلف إذا طرأت بين المسلم والكافر عداوة حديثة في بعض الأمور، فاعتبرها بعضهم ولم يجز الشهادة وهذا الصحيح لأنه أمر خاص **(وليخبر بها)** سمع ابن القاسم: من شهد على رجل بينه وبينه عداوة فاحتاج أهل الشهادة إليها، فليشهد عليه وليخبر مع شهادته بعداوته إياه ولا يكتم. ابن رشد: مثل هذا في سماع عيسى خلاف سماع سحنون ونوازله، وأصح القولين أنه لا يخبره بعداوته لأنه

كَقَوْلِهِ بَعْدَهَا: تَتَّهِمُنِي وَتُشَبِّهُنِي بِالْمَجَانِينِ: مُخَاصِماً، لاَ شَاكِياً، وَاعْتَمَدَ فِي إِعْسَارٍ بِصُحْبَةٍ، وَقَرِينَةِ صَبْرٍ ضَرٍّ: كَضَرَرِ الزَّوْجَيْنِ،

الشهادة له أن يشهد وإن علم من نفسه الجرحة. وانظر أول رسم من سماع عيسى وسماع سحنون ونوازله والنوادر والله أعلم.

مسألة: الشاهد يشهد بما لا يرى جوازه ذكرها في الواضحة ونقلها ابن فرحون في الفصل الثامن في تنبيه القاضي على أمور عند أداء الشهادة ونصه: وفي مختصر الواضحة فيمن عنده شهادة على شيء لا يعتقد جوازه قال ابن عبدوس: سألت سحنوناً عن الرجل تكون عنده الشهادة وهو ممن لا تجوز عنده والقاضي ممن يرى إجازتها، أترى على الشاهد أن يؤديها إلى القاضي؟ قال: كيف هذه الشهادة؟ قلت: مثل أن يشهد على صداق. معجل في نكاح ومعه مؤجل لم يضرب له أجل فقال: ما أرى أن يشهد، فإن جهل الشاهد فينبغي للقاضي أن ينبهه على أنه لا ينبغي له أن يشهد في ذلك. انتهى. **ص: (واعتمد في إعسار بصحبة وقرينة صبر ضر كضرر أحد الزوجين) ش:** يعني أن الشاهد في الإعسار وما أشبهه كالتعديل وضرر الزوجين يجوز له أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوي لأنه المقدور على تحصيله غالباً، ولو لم يحكم بمقتضاه لزم تعطيل الحكم في التعديل والإعسار فيعتمد في الإعسار على الصحبة وصبره على الضرر كالجوع ونحوه مما لا يكون إلا مع الفقر. فالباء في قوله «بصحبته» بمعنى «على» كقوله تعالى ﴿من إن تأمنه بقنطار﴾ [آل عمران: ٧٥] بدليل قوله تعالى ﴿هل آمنكم

يبطل بذلك حقاً يعلم صحته انتهى. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «وغرم شهود علموا». انظر إن كانت الشهادة له وعليه. قال ابن القاسم: تسقط فيهما. قال ابن رشد: وهذا على المشهور في بطلان كل الشهادة ببطلان بعضها للتهمة خلافاً لأصبغ أنه يجوز منها ما لا تهمة فيه **(كقوله بعدها تتهمني وتشبهني بالمجنون مخاصماً لا شاكياً)** من نوازل أصبغ: من شهد لأحد رجلين على الآخر والمشهود عليه قائم يسمع، فلما فرغ من شهادته تحول للمشهود عليه فقال له والقاضي يسمع أنت تشتمني وتشبهني بالمجانين. لم يطرح ذلك شهادته إلا بعداوة قديمة. ابن رشد له: في الثمانية إن قال على وجه الشكوى والاستنهاء من الأذى لا على وجه طلب الخصومة ولا يسمى الشتمة فلا أراه شيئاً، وإن سمى الشتمة وهي مما في مثلها الخصومة إن كان ذلك منه على وجه الطلب لخصومته وإن لم يسم الشتمة فشهادته باطلة وهو مفسر لقوله هنا. وقال ابن الماجشون: تبطل شهادته مطلقاً. ابن رشد: وهو الصواب لأنه قد أخبر أنه عدوه انتهى.

ونحو هذا اختار اللخمي. قال: وطرح هذه الشهادة أحسن إلا أن يكون مبرزاً. قال: واختلف فيمن عنده شهادة على رجل ثم عاداه وقبولها هنا أحق، إذا كانت قيدت قبل العداوة **(واعتمد في إعساره بصحبته وقرينة صبر ضر كضر الزوجين)** ابن عرفة: في شرط شهادة غير السماع يقطع الشاهد بالعلم بالمشهود فيه مطلقاً، وصحتها بالظن القوي فيهما يعسر العلم به عادة طريقان. الأولى

وَلاَ إِنْ حَرَصَ عَلَى إِزَالَةِ نَقْصٍ فِيمَا رُدَّ فِيهِ: لِفِسْقٍ:

عليه﴾ [يوسف: ٦٤] وقوله تعالى ﴿وإذا مروا بهم يتغامزون﴾ [المطففين: ٣٠] بدليل ﴿وإنكم لتمرون عليهم مصبحين﴾ [الصافات: ١٣٧] .

مسألة: لا يكلف الشهود من أين علموا ما شهدوا به. قال ابن سهل في كتاب الأقضية: فصل: إذا شهدوا أنه كفء لليتيمة قال ابن لبابة: الشهادة تامة وليس على القاضي أن يسألهم من أين علموا ذلك انتهى. وقال في كتاب الشهادات: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا شهد شاهد أن لفلان على فلان ذلك مائة دينار ولم يقولا أقر بذلك، فلا تجوز شهادتهما لأنهما حاكيان حتى يبينا ذلك فيقولان أقر عندنا أو أسلفه انتهى. ونقل ابن فرحون عن معين الحكام أن ظاهر كلام ابن الحارث خلاف ذلك ونصه في معين الحكام: قال محمد بن حارث: إذا لم يبين الشهود وجه الحق الذي شهدوا فيه ولا فسروه، فليس ذلك بشيء حتى يبينوا أصل الشهادة وكيف كانت فيقولون أسلفه بمحضرنا أو بإقراره عندنا. وفي أحكام ابن سهل قال محمد بن عبد الحكم وذكر كلامه المتقدم ثم قال بعده.

تنبيه: وفي معين الحكام: قال بعض المتأخرين: ظاهر هذا أنه إذا أقر عندهما بالدين مجملاً ولم يذكر المقر وجهه وشهدوا به أنه يؤخذ بذلك. وظاهر ما قاله ابن حارث في هذه المسألة خلاف هذا حتى يشهد بإقراره بالسلف أو المعاملة. انتهى ص: **(فيما رد فيه لفسق)** ش: وكذلك جميع موانع الشهادة. قال ابن عرفة: قال المازري والشيخ لابن سحنون عن أبيه: أجمع أصحابنا على أن الشهادة إذا ردت لظنة أو تهمة أو لمانع من قبولها ثم زالت التهمة أو الوجه المانع من قبولها أنها إذا أعيدت لم تقبل انتهى. ونقله ابن عبد السلام. واحترز بقوله: «فيما رد فيه» بما لو أدى الشهادة ولم ترد حتى زال المانع فإنها تقبل لكن بشرط إعادتها بعد زوال المانع. قال في التوضيح: وكذلك لو قال القائم بشهادته للقاضي عندي فلان العبد أو الصغير أو النصراني فقال القاضي لا أجيز شهادة هؤلاء، فإن هذا ليس رداً لشهادتهم وتقبل

للمقدمات قائلاً: العلم يحصل بمجرد العقل وبالعقل مع أحد الحواس الخمس وبالخبر المتواتر، ومنه نظره كشهادة خزيمة بشراء رسول الله ﷺ الفرس، وكذا الشهادة بما علم من الأخبار المتواترة جائزة كالولاء والموت وضرر الزوجين إذا حصل العلم بهذه الأمور والقطع بها. الطريقة الثانية للمازري قال في قبول شهادة الشاهدين بزوجية رجل امرأة برؤيته جوزه أباها حوز الأزواج زوجاتهم وإن لم يولد حين التزويج: هذا نوع خارج عن شهادة السماع، وإنما يطلب فيه الظن القوي المزاحم للعلم اليقيني بقرائن الأحوال كالشهادة بالتفقير. وعلى هذه الطريقة قال ابن الحاجب تابعاً لابن شاس: ويعتمد على القرائن المغلبة للظن في التعديل وفي الإعسار وضرر أحد الزوجين. راجع ابن عرفة فقد رد الطريقتين إلى طريقة واحدة قال: ولو صرح في أداء شهادته بالظن لم تقبل يعني على كلا الطريقتين **(ولا إن حرص**

أَوْ صِباً، أَوْ رِقٌّ، أَوْ عَلَى التَّأَسِّي: كَشَهَادَةِ وَلَدِ الزِّنَا فِيهِ أَوْ مَنْ حُدَّ فِيمَا حُدَّ فِيهِ،

شهادتهم بعد ذلك لأن كلامه إنما هو فتوى. قاله غير واحد ونقله في الشامل ص: **(أو على التأسي)** ش: يعني أنه يتهم في أن يجعل غيره مثله لأن المصيبة إذا عمت هانت وإذا ندرت هالت، ولهذا قال عثمان رضي الله عنه: ودت الزانية أن النساء كلهن يزنين. انتهى من التوضيح ص: **(كشهادة ولد الزنا)** ش: قال ابن عبد السلام: لما كان هذا الوصف لازماً له لا ينفك عنه في طاعة ولا فسق اتفق المذهب على رد شهادته في ذلك انتهى. وتبع في الاتفاق ابن الحاجب وهذه طريقة المازري. قال ابن عرفة: وفي ولد الزنا طريقان: المازري: لم يختلف المذهب في رد شهادته في الزنا وقبولها فيما سوى ذلك مما تعلق له بالزنى، ثم ذكر الطريق الثانية وعزاها لابن رشد ونصه: شهادة ولد الزنا في الزنا وفي نفي الرجل عن أبيه جارية على الخلاف فيمن حدّ في شيء هل تجوز شهادته فيه أم لا، والمشهور من قول ابن القاسم أنها مردودة انتهى. قال في التوضيح في هذا المحل: قال مطرف وابن الماجشون: وكذلك لا تقبل فيما يتعلق بالزنا كاللعان والقذف والمنبوذ. انتهى ص: **(أو من حد فيما حد فيه)** ش: هذا هو المشهور وصرح بمشهوريته ابن عبد السلام في الاستذكار. نقله في التوضيح وابن عرفة فعزو تشهيره لابن رشد قصور. وقال ابن عرفة: الشيخ عن الأخوين: المحدود في الزنا يتوب شهادته جائزة في كل شيء إلا في الزنا والقذف واللعان، وكذلك المنبوذ لا تجوز شهادته في شيء من وجوه الزنا لا قذف ولا غيره وإن كان عدلاً. وفي نوازل سحنون: من اقتص منه في جناية لم تجز شهادته في مثل الجرح الذي اقتص منه. ابن رشد: هذا شذوذ أغرق فيه في القياس.

قلت: للشيخ عن الواضحة قال الأخوان: من قتل عمداً فعفي عنه ثم حسنت حالته جازت شهادته إلا في القتل وفي كتاب ابن سحنون: قيل لابن كنانة من ضر به الإمام نكالاً، أينتظر في قبول شهادته توبته؟ قال: ليس ما ينكل به سواء نكل ناس بالمدينة لهم حال حسنة لشيء أسرعوا فيه إلى ناس وشهادتهم في ذلك تقبل ليس لأحد فيهم مغمز ومن ليس بحسن الحال إلا أن شهادته تقبل وليس بمشهور العدالة يأتي بما فيه النكال الشديد فلينظر في هذا، وإنما

على إزالة نقص فيما ردّ فيه بفسق أو صباً أو رق أو كفر أو على التأسي كشهادة ولد الزنا فيه) ابن عرفة: من موانع الشهادة التهمة على إزالة نقص عرض أو تخفيف معرة بمشارك فيها من الورثة. من المدونة: إن شهد صبي أو عبد أو نصراني إلى قاضٍ فردّها لموانعهم لم تجز بعد زوالها أبداً. أشهب: من قال لقاض يشهد لي فلان العبد أو النصراني أو فلان الصبي فقال: لا أقبل شهادتهم ثم زالت موانعهم قبلت شهادتهم، لأن قوله ذلك فتيا لا رد. وقال المازري: لم يختلف المذهب في رد شهادة ولد الزنا في الزنا وقبولها فيما سوى ذلك مما لا تعلق له بالزنا **(أو من حد فيما حدّ فيه)** ابن عرفة: كل من حد في قذف أو غيره وتاب جازت شهادته في غير ما حد فيه. وقاله ابن حارث في القاذف اتفاقاً. وروى ابن نافع وابن عبد الحكم أنها أيضاً تصح فيما حد فيه قذف أو غيره. وقاله ابن كنانة

وَلاَ إِنْ حَرَصَ عَلَى الْقَبُولِ: كَمُخَاصَمَةِ مَشْهُودٍ عَلَيْهِ مُطْلَقاً، أَوْ شَهِدَ وَحَلَفَ،

يعرف هذا عند نزوله، وأما الشتم ونحوه وهو في غير ذلك يعرف بالصلاح فلا ترد شهادته. انتهى والله أعلم ص: (**كمخاصمة مشهود عليه مطلقاً**) ش: أي في حق الله أو في حق الآدمي. أما في حق الله كما لو تعلق أربعة برجل ورفعوه للقاضي وشهدوا عليه بالزنا، وأما في حق الآدمي فقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب: «وفي القبول كمخاصمة المشهود عليه في حق الآدمي» إن أراد بتوكيل من المشهود له فهو نقل الباجي عن ابن وهب الوكيل على خصومة لا تجوز شهادته فيما يخاصم فيه وإلا فهو أحرى في عدم القبول انتهى. والظاهر أنه كذلك إذا خاصم بغير وكالة بل هو أظهر.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الشهادات في الترجمة التي قبل ترجمة الرجل يشهد لنفسه ولغيره، ومن كتاب ابن المواز: من وكل رجلاً على طلب في حق ثم عزله وتولى الطلب بنفسه فشهادة الوكيل له جائزة. انتهى.

تنبيهات: الأول: ظاهر كلامه أن المخاصمة في حق الله تعالى مبطلة مطلقاً، سواء كان مما يستدام فيه التحريم أو لا، وهو كذلك على ما قال بعض المتأخرين أنه مذهب ابن القاسم خلاف مذهب مطرف وابن الماجشون، وعند ابن رشد أن المخاصمة إنما تبطل ما لا يستدام فيه التحريم، وأما ما يستدام فيه التحريم فلا تبطله المخاصمة كما يأتي في كلامه. وظاهر كلام المازري فيما حكى عنه ابن عرفة الإطلاق ككلام المؤلف.

الثاني: ظاهر كلامه أيضاً أن المخاصمة مطلقاً في حقه تعالى مبطلة ولو كان القائم فيها من أصحاب الشرط الموكلين بتغيير المنكر وليس كذلك، بل هو مقيد بغيرهم كما سيأتي في كلام ابن رشد ونصه: قال في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الشهادات: وقال ابن

وأصبغ. وهو ظاهر كتاب الديات من المدونة. وروى الأخوان وأصبغ لا تصح. قال أبو عمر: وهذا هو المشهور (**ولا إن حرص على القبول كمخاصمة مشهود عليه مطلقاً وشهد وحلف**) ابن عرفة: المانع السادس من ظن عدم استيفاء واجب التحمل أو ترك القيام بها الموجب دوام محرم أو الحرص على قبول الشهادة. قال ابن رشد: شهادة المختفي لا خفاء في ردّها على القول بلغو الشهادة على إقرار المقر دون قوله أشهد على، وهو أحد قولي مالك في المدونة. وقال ابن أبي حازم وابن الماجشون وروايته رواية محمد: إلا أن يكون قذفاً. ابن عرفة: أو غيره من حقوق الله. وقال المازري: ترد الشهادة بتهمة الحرص على قبولها. قيل: إذا حلف الشاهد على صحة شهادته إن حلفه قادح فيها لأن حلفه كالعلم على التعصب والحمية. قال: واختلف إذا قام الشهود وخاصموا في حقوق الله تعالى، فأسقط ابن القاسم شهادتهم لأن خصامهم علم على شدة الحرص على إنفاذ شهادتهم، وشدة الحرص على إنفاذها يحمل على تحريفها أو زيادة فيها، وقد قال عمر: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين. فقال الباجي: من

القاسم في صاحب السوق أخذ سكراناً فسجنه وشهد عليه وآخر معه فقال: لا أرى أن تجوز شهادته لأنه قد صار خصماً حين سجنه، ولو رفعه إلى غيره قبل أن يسجنه وشهد مع الرجل جازت شهادته عليه. قال محمد بن رشد: إنما جازت شهادته عليه وإن أخذه فرفعه ما لم يسجنه لأن ما فعل من أخذه ورفعه لازم له من أجل أنه موكل بالمصلحة، ولو لم يكن صاحب السوق موكلاً بالمصلحة فأخذ سكراناً فرفعه إلى غيره لم تجز شهادته عليه على ما قال في المسألة بعدها وبالله التوفيق.

مسألة: وقال ابن القاسم في أربعة نفر شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به فأتوا به إلى السلطان وشهدوا عليه قال: لا أرى أن تجوز شهادتهم وأراهم قذفة، ورواها أصبغ في كتاب الحدود. وقال محمد بن رشد: إنما لم تجز شهادتهم لأن ما فعلوا من أخذه وتعلقهم به ورفعهم إياه إلى السلطان لا يلزمهم ولا يجب عليهم بل هو مكروه لهم، لأن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وغيره. قال رسول الله ﷺ: «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من يبدلنا فضيحته نقم عليه كتاب الله»[1]. وقال لهزال: يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك. فلما فعلوا ذلك صاروا ظالمين له ومدعين الزنا عليه وقذفة له، فوجب عليهم الحد له إلا أن يأتوا بأربعة شهداء سواهم على معاينة الفعل كالمرود في المكحلة. ولو كانوا أصحاب شرطة موكلين بتغيير المنكر ورفعه أو أحدهم فأخذوه أو أخذه فجاؤا به فشهدوا عليه لقبلت شهادتهم لأنهم فعلوا في أخذه ورفعه ما يلزمهم على قياس. قوله في المسألة التي قبلها وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون وأصبغ أنه إذا شهد أربعة بالزنا على رجل جازت شهادتهم وإن كانوا هم القائمين بذلك مجتمعين جاؤا أو مفترقين إذا كان افتراقهم قريب بعضه من بعض. ووجه ذلك أنه لما كان ما فعلوا من قيامهم عليه مباحاً لهم وإن كان الستر أفضل لم يكونوا خصماء إذ لم يقوموا لأنفسهم وإنما قاموا لله. وقد مضى هذا الاختلاف مجرداً عن التوجيه في أول رسم من هذا السماع. ولو كانت الشهادة فيما يستدام فيه التحريم من حقوق الله كالطلاق والعتاق لجازت شهادتهما في ذلك وإن كانا هما القائمين بذلك لأن القيام بذلك متعين عليهما. وقد قال بعض المتأخرين: إن ذلك لا يجوز على مذهب ابن القاسم. وقوله في هذه المسألة خلافاً لمطرف وابن الماجشون. ووجه ذلك أن كل من قام في حق يريد إتمامه فهو يتهم أن يزيد في شهادته ليتم ما قام فيه وهو عندي بعيد انتهى. وكررها في سماع أصبغ من كتاب الحدود والقذف. وذكر ابن رشد كلامه عليها بالحرف وأشار إلى أنه قدمه غير أنه زاد بعد قوله في آخر الشرح وابن الماجشون لفظ وأصبغ وهو ظاهر وقال بعده: ووجه ذلك بأن كل من قام إلى آخر ما تقدم، فجعل وجه فعل ماضياً مسنداً إلى ضمير بعض المتأخرين. كذا

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الحدود حديث ١٢.

رأيته هناك مضبوطاً بالقلم ويدل عليه قوله: «بأن» بإدخال الباء على «أن» بخلاف ما في هذا المحل فإنه وجه فيه مصدر مما يظهر ويدل عليه إدخال اللام على «أن» والظاهر ما في الحدود فلعل ما هنا تصحيف من الناسخ والله أعلم. وفي تعليله شيء فإنه في أول الكلام جعل فعلهم من الرفع وعدم الستر مكروهاً ثم جعله مباحاً، والمباح مباين للمكروه. ولعله أراد الجائز فإنه يطلق على ما يشمل المكروه والمباح والمندوب والواجب كما تقدم أول الكتاب عن القرافي. قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام ابن رشد المتقدم في الكلام على العداوة.

قلت: فشهادة من رفع من شهد عليه لأنه مولى على ذلك مقبولة، وفي غير المولى ثالثها إن كان فيما يستدام فيه التحريم الأول للأخوين الثاني لبعض المتأخرين على قياس قول ابن القاسم فيما لا يستدام تحريمه، الثالث لابن رشد محتجاً بأن القيام به متعين انتهى. وقال ابن عرفة في هذا المحل: قال المازري: واختلف إذا قام الشهود وخاصموا في حقوق الله، فأسقط ابن القاسم شهادتهم لأن خصامهم علم على شدّة الحرص على إنفاذ شهادتهم والحكم بها، وشدة الحرص قد تحمل على تحريفها أو زيادة فيها. قال مطرف: شهادتهم تلزمه لأنه في أمور الآخرة، وقد قدمنا أن العداوة في حق الله لا تؤثر في الشهادة. وذكر الباجي في قول محمد: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين»: من قام يطلب حق الله لم تقبل شهادته فيه. قاله ابن القاسم في العتبية. وقال مطرف: شهادته جائزة انتهى.

قلت: ونحوه لابن رشد وتقدم ذكر كلامه في ذكر الخصومة فجعل المازري المانع حرصه على القبول خلاف كونه الخصومة انتهى. وقال ابن فرحون في الفصل الثالث من القسم الرابع ومن الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول: من كانت عنده شهادة فلا يحل له أن يكتمها ويلزمه إذا دعي أن يقوم بها، وإن لم يدع فهو على وجهين: إما أن يكون حقاً لله، وإما أن يكون حقاً لآدمي. فالأول على قسمين: ما لا يستدام فيه على التحريم وما يستدام فيه. فالأول كالزنا والشرب وشبهه فلا يضر ترك إخباره بالشهادة لأن ذلك ستر عليه. وأشار ابن رشد إلى أن هذا في حق من يندر منه، وأما من كثر منه فينبغي أن يشهد عليه. وإن علم الإمام بذلك فقد قال ابن القاسم في المجموعة: يكتمونه الشهادة ولا يشهدوا بذلك إلا في تجريح إن شهد على أحد.

والثاني: كالعتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الأحباس والقناطر وشبهه، فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها عند الحاكم، فإن لم يخبر بشهادته سقطت لأن سكوته عن ذلك جرحة إلا أن يثبت أن لهم عذراً في عدم القيام. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن رشد اختلف في تجريح الشاهد بذلك. واختلف في بطلان شهادته بالسكوت. فإن كان المنكر هو القائم عليه وهو القائم بالشهادة، فاختلف هل تقبل شهادته أم لا؟ وذهب ابن

القاسم إلى أنه لا تجوز شهادته إذا كان هو القائم بها. وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ إلى أن شهادته جائزة، وكذلك الحكم لو كانوا جماعة هم القائمون عليه وهم الشهود انتهى. وقال بعده:

تنبيه: يستثنى من ذلك مسألة صاحب الشرطة وذكر مسألة البيان المتقدمة. وحاصل ما تقدم أن ما حكاه ابن رشد عن بعض المتأخرين الذي هو ظاهر كلام المؤلف هو ظاهر إطلاقات أهل المذهب. ولا شك في ظهور الفرق بين وجوب رفع الشهادة وسقوطها بكون الشاهد هو المدعي فرفع الشهادة عند الحاكم والإخبار بها من غير مخاصمة فيما يستدام فيه التحريم واجب غير مسقط للشهادة كما سيصرح به المصنف بقوله: «وفي محض حق الله تعالى تجب المبادرة بالإمكان إن استديم تحريمه». وأما إن كان الرافع هو المخاصم فتسقط الشهادة كما أطلقه هنا في قوله: «كمخاصمة مشهود عليه مطلقاً» والله أعلم. وانظر الشفاء في الشهادة بشيء في حق الجناب العلي.

فرع: قال في الطرر في ترجمة عداوة: إذا قام أهل مسجد في حباسة مسجدهم أو حقه على رجل وشهدوا فيه وأنكر الرجل لم تجز شهادتهم عليه لأنهم خصماؤه، فإن قام عليه منهم قائم وشهد غيره جازت شهادتهم لأنهم ليسوا خصماء انتهى.

فائدة: قال رسول الله ﷺ: «من ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة»[1] رواه مسلم في كتاب البر والصلة. قال في الإكمال: وهذا الستر في غير المشتهرين، وأما المتكشفون المشتهرون الذين تقدّم إليهم في الستر وستروا غير مرة فلم يدعوا وتمادوا فكشف أمرهم وقمع شرهم مما يجب لأن كثرة الستر عليهم من المهاودة على معاصي الله ومصانعة أهلها. وهذا أيضاً في ستر كشف معصية انقضت وفاتت، فأما إذا عرف انفراد رجل بعمل معصية أو اجتماعهم لذلك فليس الستر هاهنا السكوت على ذلك وتركهم وإياها، بل يتعين على من عرف ذلك إذا أمكنه تنفيرهم عن ذلك بكل حال وتغييره وإن لم يتفق له ذلك إلا بكشفه لمن يعينه أو السلطان. وأما إيضاح حال من يضطر إلى كشفه من الشهود والأمناء والمحدثين فبيان حالهم ممن يقبل منه وينتفع به مما يجب على أهله، فأما الشاهد فعند طلب ذلك منه لتجريحه أو إذا رأى حكماً يقطع بشهادته وقد علم منه ما يسقطها فيجب رفعها، وأما في أصحاب الحديث وحملة العلم

(١) رواه البخاري في كتاب المظالم باب ٣. مسلم في كتاب البر حديث ٥٨، ٧٢. كتاب الذكر حديث ٣٨. أبو داود في كتاب الأدب باب ٣٨، ٦٠. الترمذي في كتاب الحدود باب ٣ كتاب البر باب ١٩. كتاب القران باب ١٠. ابن ماجة في كتاب المقدمة باب ١٧. كتاب الحدود باب ٥. أحمد في مسنده (٢/٩١، ٢٥٢، ٢٩٦، ٣٨٩، ٤٠٤، ٥٠٠، ٥١٤، ٥٢٢) (٤/٦٢، ١٠٤) (٥/٣٧٥).

أَوْ رَفعَ قَبْلَ الطَّلَبِ فِي مَحْضِ حَقِّ الآدَمِيِّ،

المقلدين فيجب كشف أحوالهم السيئة لمن عرفها ممن يقلد في ذلك ويلتفت إلى قوله لئلا يغتر بهم ويقلد في دين الله من لا يجب. على هذا اجتمع رأي الأئمة قديماً وحديثاً. وليس الستر هاهنا بمرغب فيه ولا مباح، وليس في الحديث ما يدل على الإثم في كشفه ورفعه إلى السلطان، وإنما فيه الترغيب على ستره. ولا خلاف إن رفعه له وكشفه لمعصية الله مباح له غير مكروه، ولا ممنوع إن كانت له نية من أجل عصيانه لله ولم يقصد كشف ستره والانتقام منه مجرداً فهذا يكره له اهـ. والظاهر أنه يحرم بهذا القصد لقوله تعالى: ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم﴾ [النور: ١٩] والظاهر أيضاً إن الستر إذا خلا عن القيود التي ذكرها أولاً يكون مندوباً إليه للحديث المتقدم وأنه يكره الرفع والله أعلم.

فرع: قال في النوادر: قال ابن وهب عن مالك: الجار يظهر شرب الخمر وغيره فليتقدم إليه وينهه، فإن انتهى وإلا رفع أمره إلى الإمام. والشرطي يأتيه رجل يدعوه إلى ناس في بيت على شراب قال: أما البيت الذي لم يعلم ذلك منه فلا يتبعه، وإن كان بيتاً معلوماً بالسوء قد تقدم إليه فيه فليتبعه الشرطي. انتهى من الترجمة الثانية من كتاب الشهادات **ص: (أو شهد وحلف) ش:** قال ابن عبد السلام: إلا أن يكون الشاهد من جهلة العوام فإنهم يتسامحون في مثل ذلك فينبغي عندي أن يعذروا به. فإن قلت: هذا الوجه من الحرص لا يدل على ضعف في الشهادة. ألا ترى أنه قد جاء في كتاب الله ﴿فيقسمان بالله﴾ [المائدة: ١٠٦] وعلى ما جاء في حديث أبي موسى الأشعري؟ قلت: قد قيل أن الحكم منسوخ وبتقدير كونه محكماً فالشهود لم يبدؤا باليمين وإنما طلبت منهم فلا يضر انتهى. وقال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب الشهادات: قال ابن بطال في قوله عليه الصلاة والسلام: «تسبق شهادة أحدهم يمينه»: يستدل به على أن الحلف في الشهادة يبطلها. قال: وحكى ابن شعبان في الزاهي من قال أشهد بالله أن لفلان على فلان كذا لم تقبل شهادته لأنه حلاف وليست بشهادة. قال ابن بطال: والمعروف عن مالك خلافه انتهى **ص: (أو رفع قبل الطلب في محض حق الآدمي) ش:** قال في التوضيح: نعم قال علماؤنا يجب عليه أن يعلم صاحبه به إن كان حاضراً، فإن لم يفعل فروى عيسى عن ابن القاسم ذلك مبطل لشهادته. قال الإخوان: إلا أن يعلم صاحب الحق بعلمهم. وجعله ابن رشد تفسيراً. وقال سحنون: لا يكون ذلك جرحة إلا في حق الله تعالى لأن صاحب الحق إن كان حاضراً فقد ترك حقه، وإن كان غائباً فليس للشاهد شهادة. ويلزم على هذا التعليل أنه إذا كان حاضراً لا يعلم أن تلك الرباع له مثل أن يكون أبوه أعارها

قام يطلب حقاً لله لم تقبل شهادته فيه. قاله ابن القاسم. وقال مطرف: شهادته جائزة لأنها في أمور الآخرة **(أو رفع قبل الطلب في محض حق الآدمي)** ابن رشد: الشهادة بمال الحاضر تبطل بترك إعلامه لا بترك رفعها للسلطان. ابن عرفة: إلا أن يكون ربها ممن هو إلى نظر السلطان كاليتيم المهمل.

وَفِي مَحْضِ حَقِّ اللَّهِ: تَجِبُ الْمُبَادَرَةُ بِالإِمْكَانِ، إِنْ اسْتُدِيمَ تَحْرِيمُهُ: كَعِتْقٍ وَطَلَاقٍ، وَوَقْفٍ، وَرَضَاعٍ، وَإِلَّا خُيِّرَ. كَالزِّنَا

أو أكراها لمن هي بيده فباعها الذي هي بيده والولد لا يعلم أنها لأبيه أن على الشاهد أن يعلم بذلك وإلا بطلت شهادته. الباجي: وعندي أن ذلك إنما يكون جرحة إذا علم أنه إن كتم ولم يعلم بشهادته بطل الحق أو دخل بذلك مضرة أو معرة، وأما على غير ذلك فلا يلزم القيام بها لأنه لا يدري لعل صاحب الحق تركه انتهى. قال ابن عبد السلام: وينبغي لهذا الشاهد أن ينكر على المتصرف في مال غيره. ورُوِي من حديث عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من كانت عنده شهادة فلا يقل لا أخبر بها إلا عند الحاكم ولكن ليخبر بها لعله يرجع أو يرعوي» وقال ابن عرفة: حال الحاضر تبطل الشهادة بترك إعلام الحاضر بها لا بترك رفعها للسلطان. قلت: إلا أن يكون ربها من هو إلى نظر السلطان كاليتيم المهمل انتهى. ص: **(وفي محض حق الله تجب المبادرة الخ)** ش: قال ابن عبد السلام: إن كان هناك غيره ممن يتم الحكم بشهادته فإنه يستحب له المبادرة تحصيلاً لفرض الكفاية، فإن أبى غيره أو منعه من ذلك مانع تعين عليه القيام. انتهى ص: **(كعتق وطلاق ووقف ورضاع)** ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: قيد ابن شاس الوقف بأن يكون على غير معينين، وأطلق القول فيه الباجي وابن رشد انتهى. وفي كون هذه الأشياء من محض حق الله تعالى عندي نظر والله أعلم.

تنبيه: بهذا القسم والذي قبله اندفع التعارض بين قوله ﷺ في معرض الذم: «ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون»[1] وقوله: «تبدر شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته»[2] وبين قوله في معرض المدح «ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها» فحكم الأول على الأول والثاني على الثاني والله أعلم. ص: **(والأخير كالزنا)** ش: تقدم في شرح قوله:

وقال ابن الحاجب: الحرص على الشهادة في الأداء يبدأ به قبل طلبه فيما تمحض من حق الآدمي قادح **(وفي محض حق الله تعالى تجب المبادرة بالإمكان إن استديم تحريمه كعتق وطلاق ووقف ورضاع)** ابن الحاجب: فإن كانت حقاً لله يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتاق والخلع والرضاع والوقف لم تقدح المبادرة، بل تجب. ابن رشد: الشهادة بما يستدام تحريمه تبطل بترك رفعه إلى السلطان إلا على ظاهر قول أشهب. **(والأخير كالزنا)** ابن الحاجب: فإن كانت حقاً لله فيستدام فيه التحريم كالزنا

---

(١) رواه البخاري في كتاب الرقاق باب ٧. كتاب الأيمان باب ٢٧. كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ باب ١. كتاب الشهادات باب ٩. مسلم في كتاب فضائل الصحابة حديث ٢١٣. أبو داود في كتاب السنة باب ٩. النسائي في كتاب الأيمان باب ٢٩. أحمد في مسنده (٢٢٨/٢، ٤١٠، ٤٣٩) (٤٢٦/٤، ٤٢٧، ٤٤٠).

(١) رواه مسلم في كتاب فضائل الصحابة ٢١١. ابن ماجة في كتاب الأحكام باب ٢٧.

«كمخاصمة مشهود عليه» أن الستر أولى والرفع مكروه. وهذا في حق من يندر منه، وأما في حق من يكثر ذلك منه فليرفعه كما تقدم ذلك أيضاً في كلام ابن فرحون وابن رشد والقاضي عياض، بل أول كلام عياض يقتضي أن الرفع واجب وتقدم الكلام على ذلك بما فيه الكفاية

وشرب الخمر فلا تقدح ولا تجب إلا في التحريم إن شهد على أحد. ابن رشد: الشهادة على ما مضى من الحدود التي لا يتعلق بها حق لمخلوق كالزنا وشرب الخمر لا يلزم القيام بها، ويستحب ستره إلا في المشتهر، ولا تبطل بترك القيام وإن كان مشتهراً اتفاقاً، وقال ابن العربي في مسالكه: المشهود به إن كان حقاً لله ولا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمور. زاد أصبغ: والسرقة. فترك الشهادة له جائزة، ولو علم بذلك الإمام فقد قال ابن القاسم: يكتمها ولا يشهد. وقال ابن القاسم في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به ورفعوا للسلطان وشهدوا عليه: لا تقبل شهادتهم ويحدون لأنهم قذفة. ابن رشد: إنما لم تجز شهادتهم لأن تعلقهم به ورفعهم إياه لا يجب عليهم بل هو مكروه لهم لأن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وعلى غيره، قال ﷺ: «من أصاب من مثل هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله» قال في التمهيد: في هذا الحديث دليل على أن الستر واجب على المسلم في خاصة نفسه إذا أتى فاحشة، وواجب ذلك أيضاً في غيره. وقال ابن العربي: إذا رأيته على معصية فعظه فيما بينك وبينه ولا تفضحه. روى النسائي وأبو داود ورد أن النبي ﷺ قال: «من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موؤدة من قبرها» وقال ﷺ لهزال: هلا سترته بردائك خرجه أهل الصحيح. ولما أمر ﷺ بقطع السارق وقال صفوان: لم أرد هذا يا رسول الله فقال: فهلا قبل أن تأتيني به؟ وكذلك الجوار أمانة والجار عليه أمين يغض بصره ويصم أذنيه ويكف عنه أذاه ويسدل دونه حجابه، فإن رأى عورة سترها أو سيئة غفرها أو حسنة بثها ونشرها. كان لأبي حنيفة جار إسكاف يعمل نهاره أجمع فإذا جنه الليل رجع إلى منزله وقد حمل لحماً فطبخه أو سمكة فشواها ثم لا يزال يشرب حتى إذا دب الشراب فيه غزل بصوت يقول: أضاعوني وأي فتي أضاعوا. ليوم كريهة وسداد ثغر. فلا يزال يشرب ويردّد هذا البيت حتى يأخذه النوم. وكان أبو حنيفة يصلي الليل كله ففقد أبو حنيفة ليلة صوته فاستخبر عنه فقيل: أخذه الشرط وهو محبوس. فلما صلى أبو حنيفة الصبح من غده ركب بغلته وجاء الأمير فاستأذن عليه فأذن له وأن لا ينزل حتى يطأ البساط، فلم يزل الأمير يوسع له في مجلسه حتى أنزله مساوياً له. فقال: ما حاجتك؟ فقال: إسكاف أخذه الحرس ليأمر الأمير بتخليته. قال: نعم وكل من أخذ معه تلك الليلة، فخلي جميعهم فركب أبو حنيفة والإسكاف يمشي وراءه، ولما نزل مضى إليه وقال: يا فتى أضعناك؟ قال: لا، بل حفظت ورعيت جزاك الله خيراً عن حرمة الجار ورعاية الحق، وتاب الرجل عما كان فيه بيد أن هذا في كل ذنب يختص بالعبد لا يتعداه، فإن كان يلحق غيره منه ظلم فخير الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها من ذلك شهادة ابن عوف في حديث الوفاء، ومن ذلك شهادة الرجل على زوجته أن حملها ليس منه. وأما شهادته على رؤيته لزناها فمكروه، والفراق مع الستر أفضل وأولى وأوجب وأحرى، وأما مع إلحاق غير ولده به فلا صبر.

بِخِلاَفِ الْحِرْصِ عَلَى التَّحَمُّلِ،

والله أعلم. ص: **(بخلاف الحرص على التحمل)** ش: قال ابن الحاجب: ففي التحمل كالمختفي فتحملها لا يضر كالمختفي على المشهور. وقال محمد: إذا لم يكن المشهود عليه مخدوعاً أو

عياض: كان مع تميم قوم بباب داره إذ وثب وقال لهم: قوموا فادخلوا فدخلوا وأغلق الباب ولا يدرون ما السبب فقال: رأيت سكراناً فلم أرد أن تروه فقالوا: من هو؟ فقال: إنما سترته عنكم ثم أخبركم به. فقال عياض: اجتمع الناس على فضل هذا الرجل أعني تميماً المذكور وقرىء عليه بالقيروان وسمع منه. قال عياض: وأمر ابن سلمة القاضي بإنسان في رأسه غرارة وبيده كبر فأمر بكسر الكبر وعلم ولم يشك أن الغرارة مملوءة أكباراً فقال: أنزلوا الغرارة: قال: وكان معه أحمد بن عبادة فقال له أحمد: ما عليك أن تفتش أمتعة الناس إنما عليك أن تغير ما ظهر من المنكر. فأمسك القاضي عما أمر به من تفتيش الغرارة ثم اجتمع القاضي مع ابن لبابة وذكر له القضية. فقال ابن لبابة مثل ما قال أحمد بن عبادة، فأقبل القاضي على أحمد وقال: لقد انتفعت اليوم بصحبتك يا رعيني. وقال أبو حامد في إحيائه: من ستر معصية في داره وأغلق بابه لا يجوز أن يتجسس عليه، وإذا رأى فاسقاً وتحت ذيله شيء لم يجز أن يكشف عنه. نعم لو أخبره عدلان ابتداء من غير استخبار بأن فلاناً في داره خمر فله الدخول من غير استئذان، فإن أخبره عدل وعبدان ففيه نظر، والأولى المنع إذ لا يسقط حق إلا بعدلين انتهى. وانظر أيضاً إذا شهد أحد على إنسان أنه شرب خمراً قال في المدونة: ينكل الشاهد. ونقل ابن عرفة عن ابن حبيب قال: مشى عمر رضي الله عنه بالليل فرأى ناراً في بيت فأتى إليها فإذا بقوم يشربون وشيخ فاقتحم عليهم وقال: يا أعداء الله أمكن الله منكم. فقال الشيخ: ما نحن بأعظم منك ذنباً، تعديت ودخلت بغير إذن فاحتشم عمر وقال: ذروا هذه بهذه انتهى. ولم يذكر ابن عرفة ما يعارض هذا إلا بالنسبة لمن يستظهر ويشتهر، وقد تقدم قول ابن رشد أن الشهادة لا تبطل بترك القيام بها وإن كان مشتهراً اتفاقاً. وانظر قد يكون يتضرر بالرفع فيسقط عنه كما يسقط التغيير لما ذكر. عياض: شرف مالك في رجوع أشياخه لكلامه. حُكي أن ابن هرمز مر بدار بعض أهل الأقدار وهو واقف مع مولى له فقال له ابن هرمز: إنك على الطريق وليس يحل لك هذا، فقال لعبيده: طؤا بطنه فوطئوه حتى حمل إلى منزله، فعاده الناس وفيهم مالك فجعل يشكو والناس يدعون له ومالك ساكت ثم تكلم فقال: إن هذا لم يكن لك أن تأتي إلى رجل من أهل القدر على باب داره معه حشمه ومواليه فقال له ابن هرمز: أفتراني أخطأت؟ قال: أي والله. وقيل لمالك: الرجل عنده علم بالسنة يجادل عليها قال: لا يخبر بالسنة، فإن سمع منه وإلا سكت. قيل: فينصح السلطان؟ قال: إن رجا أن يسمعه وإلا فهو من ذلك في سعة. وانظر إذا كان الدار لمنكر والجيران يتضررون به والفقه أنه لا يقتحم عليه في الدار ولكن ترفع الشكوى به للقاضي ويعذر له ثم تكرى عليه غير أن يقذف أو يكشف عليه. انظر المتيطي. **(بخلاف الحرص على التحمل كالمختفي)** ابن شاس: من موانع الشهادة الحرص على التحمل مثل أن يجلس مختفياً في زاوية لتحمل شهادة فينبني قبول شهادته على جواز تحمل الشهادة على المقر من غير أن يشهد على نفسه بما أقر به، وهو المشهور من المدونة في شهادة

كَالْمُخْتَفِي، وَلاَ إِنْ اسْتُبْعِدَ: كَبَدَوِيٍّ لِحَضرِيٍّ، بِخِلاَفِ إِنْ سَمِعَهُ، أَوْ مَرَّ بِهِ، وَلاَ سَائِلٍ فِي كَثِيرٍ، بِخِلاَفِ مَنْ لَمْ يَسْأَلْ، أَوْ يَسْأَلِ الأَعْيَانَ،

خائفاً. قال في التوضيح: وليس قول محمد تقييداً للمشهور بل هو من تمامه، ففي الموازية قال مالك في رجلين قعدا لرجل من وراء حجاب يشهدان عليه قال: إن كان ضعيفاً أو مخدوعاً أو خائفاً لم يلزمه ويحلف ما أقر إلا بما ذكر، وإن كان على غير ذلك لزمه ولعله يقر خالياً ويأبى من البينة فهذا يلزمه ما سمع منه. قيل: فرجل لا يقر إلا خالياً أقعد له بموضع لا يعلم للشهادة عليه. قال: لو أعلم أنك تستوعب أمرهما ولكني أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله ولعله يقول له في سر إن جئتك بكذا ما الذي لي عليك، فيقول له عندي كذا، فإن قدرت القول أن تحيط بسرهم فجائز انتهى. وقال ابن عرفة عن ابن رشد: شهادة المختفي لا خفاء في ردها على القول بلغو الشهادة على إقرار المقر دون قوله اشهدوا عليّ، وإنما اختلفوا فيها، فمنهم من أجاز ذلك فمنعها سحنون مطلقاً، ومنهم من كره له الاختفاء لتحملها وقبولها إن شهد بها وهم الأكثر وهو ظاهر قول عيسى هنا خلاف قول ابن القاسم في تفرقته بين من يخشى أن يخدع لضعفه وجهله، وبين من يؤمن من ذلك منه، ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة لزمته الشهادة عليه، وإنما يصدق فيه مع يمينه إذا قال إنما أقررت لوجه كذا مما يشبه انتهى. ودل المشهور هنا على أنه ليس من شرط صحة الشهادة قول المقر للشهادة أشهد على. ابن عبد السلام: وفي

الشاهد على من سمعه يتكلم أو يقر على نفسه بمال أو غيره روايتان عن مالك: إحداهما يشهد إذا كان قد استوعب ذلك واختار هذه الرواية ابن القاسم وبه العمل قاله في المفيد وقد تقدّم نص ابن رشد أول الكلام على قوله «ولا إن حرص على القبول» **(ولا إن استبعد كبدوي لحضري)** المازري: تعرض التهمة من جهة الشهود في الشهادة ومخالفة العادة، ومنه حديث «لا تقبل شهادة البدوي على القروي»[1] ابن عبد الحكم: مالك يتأول ذلك في الحقوق إذا شهدوا في الحاضرة لأنها تهمة أن يشهد أهل البادية دون من معه من أهل الحاضرة، وأجازها في الدماء والجراح وحيث تطلب الخلوات والبعد من العدول **(بخلاف إن سمعه أو مر به)** ابن الحاجب: حديث «لا تقبل شهادة البدوي على القروي»[1] محمله عند مالك على الشهادة في الحضر لأنه مظنة الريبة، فأما لو شهد أنه سمعها أو رآها أو كانوا في سفر فلا ريبة في المال وغيره **(ولا سائل في كثير)** اللخمي: واختلف في الفقير المتكفف. قيل: تجوز شهادته في اليسير. ومن المدونة قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السؤال في الكثير من الأموال أو شبهها**(بخلاف من لم يسأل)** ابن يونس: قال بعض أصحابنا: تجوز شهادته وإن كان يقبل الشيء ممن يعطيه من غير مسألة لأنه قد جاء ما أتاك من غير مسألة فإنما هو رزق رزقك الله، فهو خارج عن باب السؤال، وذكر اللخمي هذا اختياراً لنفسه وابن يونس أقدم **(أو يسأل الأعيان)** ابن الحاجب: إن كانوا فقراء سؤالاً للإمام أو الأعيان قبلت مطلقاً على الأصح. وقال اللخمي: الفقير الذي

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٧. ابن ماجة في كتاب الأحكام باب ٣٠.

وَلاَ إِنْ جَرَّ بِهَا

ذلك قولان. وذكر ابن رشد في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الشهادات القولين، وذكر أن القول بجوازها قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وقول أشهب وسحنون وعيسى بن دينار وكافة أصحاب مالك انتهى. قال الدماميني في حاشية البخاري: فإذا صرّح المقر بالإشهاد فالأحسن أن يكتب الشاهد أشهدني بذلك فشهدت عليه به حتى يخلص الخصم من الخلاف انتهى. وانظر آخر سماع أبي زيد من كتاب الشهادات.

تنبيه: قال ابن عرفة: وجعل المازري ومن تبعه علة رد شهادة المختفي الحرص على التحمل بعيد. فتأمله انتهى **ص: (ولا إن جر بها) ش:** يعني أن شهادة الشاهد إذا كانت تجر له نفعاً فلا تجوز وهذا ظاهر.

فرع: قال في رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات: وسئل مالك عن رجل شهد على رجل أنه حلف بطلاق امرأته في حق له عليه ليدفعنه إليه فحنث فقال: ما هو بجائز الشهادة عليه. قال ابن رشد: ليس إسقاط شهادته في هذا ببين، وكان الأظهر أن تجوز شهادته عليه أنه قد حنث لأن وقوع الطلاق عليه لا يدعوه إلى أن يعجل حقه وإنما يدعوه بالطلاق ليقضينه إلى أجل مخافة أن يقع عليه الطلاق إن لم يقضه قبل الأجل لما كان لو شهد عليه بذلك قبل أن يحنث والحق عليه لم يدفعه لم تجز شهادته عليه لاتهامه أن يكون إنما شهد عليه ليعجل له القضاء ولا يحنث لم تجز شهادته عليه إذا شهد عليه أنه قد حنث لاحتمال أن يكون قد ادعى ذلك عليه قبل الحنث فأراد أن يحقق دعواه عليه قبل الحنث لشهادته عليه بعد الحنث وهو ضعيف انتهى والله أعلم. ولم يذكر في ذلك خلافاً وإنما ذكر ما ذكره على سبيل البحث. وقد نقل في النوادر في كتاب الشهادات في أول الجزء الثاني من الشهادات في ترجمة شهادة الأجير والشريك والمقارض والغريم عن المجموعة في ذلك قولين، ونصه من المجموعة عن ابن القاسم: وإذا غرم الجميل ما تحمل به ثم قدم المطلوب فأنكر الحمالة فشهد الغريم على الحمالة فلا تجوز، وكذلك من حلف لغريمه بالعتق ليقضينه إلى أجل فحنث فقام رفيقه فشهد لهم الطالب بالحنث فلا تجوز شهادته. ورواه أشهب عن مالك فيه. وفي العتبية. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن شهادته تجوز قبض منه حقه أو لم يقبض إذ لا يجرّبها إلى نفسه شيئاً. وقاله أصبغ انتهى. وقال قبل هذا في ترجمة ما يلزم الرجل أن يشهد به مما علمه من الجزء الأول من الشهادات: قال مالك فيمن سمع رجلاً حنث في طلاق ولا يشهد عليه بذلك عليه غيره قال: فليرفعه إلى السلطان. وكذلك لو حنث بذلك في حق الشاهد عليه فليرفع ذلك حتى يكون السلطان ينظر في أمره، يريد لا تجوز شهادته في حنثه في

لا يقبل الصدقة شهادته في اليسير جائزة، واختلف في الكثير **(ولا إن جر بها كعلى موروثه المحصن**

دينه عليه وقد ذكرها بعد هذا انتهى. وقد ذكر ابن بطال في مقنعه بلفظ: لا تجوز شهادته في حنثه في دينه. وانظر كلام ابن رشد في شرح المسألة الثامنة من رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق من البيان. وانظر كلام البرزلي في مسائل الأيمان في مسألة من حلف بالحلال عليه حرام لا أشتري منه غلة زيتون أبداً ثم اشتراها بعد سنين وشهد عليه البائع فإنه قال: الصواب إنه لا يحنث بشهادته لأنه يتهم أنه أراد فسخ صفقته.

فرع: قال في الذخيرة في باب الشهادة عن الموازية: إذا قال حبست على أهل الحاجة من قرابتي حبساً فشهد فيه منهم أهل الغنى؛ فإن كان الحبس يسيراً بحيث لا ينفع هؤلاء إن احتاجوا قبلت شهادتهم وإلا ردت. انتهى من الباب الثامن في آخر المانع الثالث والله أعلم. وأصله في النوادر في أوائل الجزء الثاني من كتاب الشهادات في ترجمة الرجل يشهد لغيره ولنفسه. نقل عن ابن سحنون أنه قال: سمعت بعض أصحابنا سئل عن ذلك فأجاب بما ذكره. وفي رسم الوصايا من سماع أصبغ من كتاب الشهادات نحوه، وقبله ابن رشد ولم يتكلم عليه بل قال: هذه مسألة صحيحة بينة.

فرع: قال في النوادر في الترجمة المذكورة من النوادر: ومن العتبية روى عيسى عن ابن القاسم فيمن له قبل رجلين حق وأيهما شاء أخذه بحقه، فأقر أنه قبضه من أحدهما والآخر يقول أنا دفعته إليه: فشهادة القابض للدافع هاهنا جائزة إذ ليس له عليهما شيء يجربه إلى نفسه شيئاً انتهى. ووقعت مسألة وهي أن رجلاً شهد على حاكم بثبوت وقف عنده والحالة أن الرجل المذكور ليس له الآن استحقاق في الوقف حال أداء الشهادة وإنما يؤل إليه بمقتضى ما رتبه الواقف، فهل تقبل شهادته في ذلك؟ فأجاب بعضهم بأنه إن كان لا يحصل له انتفاع بهذا الشيء الموقوف إذا صار من أهله بأن يكون الوقف يسيراً قبلت شهادته، وإلا ردت قياساً على الفرع المتقدم وهو ظاهر. والمسألة في سماع أصبغ من الشهادات وهي المسألة الثانية، وهي أيضاً في النوادر والله أعلم.

مسألة: إذا شهد الشاهدان على حكم قاض عزل أو مات وقالا كان القاضي حكم بشهادتنا، فهل تبطل شهادتهما على الحكم وعلى أصل الشهادة، أو تجوز على الحكم أو لا تجوز على الحكم وتجوز على أصل الشهادة؟ ثلاثة أقوال أظهرها رواية يحيى أن الشهادة على الحكم جائزة، ولا يضرهما ما ذكراه. قاله ابن رشد في رسم كراء الدور من سماع يحيى من الشهادات.

مسألة: إذا شهد شاهد بطلاق امرأة من زوجها فأثبت زوجها أنه كان يخطبها، فهل تسقط بذلك شهادته ولا يلزم الزوج يمين؟ قولان حكاهما في النوادر.

فائدة: قال القرطبي في شرح مسلم: يجوز قبول إخبار رسول الله ﷺ من الراوي لها

نَفْعاً: كَعَلى مُورِّثِهِ الْمُحْصَنِ بِالزِّنَا، أَوْ قَتْلِ العَمْدِ إِلاَّ الْفَقِيرَ،

العدل وإن كان جر لنفسه بذلك نفعاً أو ولده أو ساق بذلك مضرة لعدوه كإخباره عن الخوارج انتهى.

مسألة: من شهد شهادة تؤدي إلى رقه فقال أصبغ في نوازله: إنها لا تجوز ونصه: وسمعته أي أصبغ سئل عن رجل أعتق عبدين له فشهدا بعد عتقهما أن الذي أعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار أن شهادتهما تجوز في المائة ولا تجوز في غصبه رقابهما لأنهما يتهمان أن يريدا إرقاق أنفسهما ولا يجوز لحر أن يرق نفسه. قال ابن رشد: ولسحنون في كتاب ابنه: لا تجوز شهادتهما ولا في المائة وهو الأظهر، لأن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة ردت كلها بخلاف إذا رد بعضها للسنة، والمشهور إذا رد بعض الشهادة للتهمة أن ترد كلها. وقيل: إنه يرد ما لا تهمة فيه وهو قول أصبغ. هذا والمشهور إذا رد بعض الشهادة للسنة كشهادة رجل واحد أمر امرأتين في وصية فيها عتق ومال أن يجوز منها ما أجازته السنة وهو الشهادة بالمال، فيثبت بالشاهد مع اليمين أو بشهادة المرأتين مع يمين. وقيل: يبطل الجميع لأنه لما رد بعضها وجب ردها كلها، وذلك قائم من المدونة وحكاه البرقي عن أشهب وجميع جلسائه. انتهى مختصراً. وذكر هذه المسألة في نوازل أصبغ في ثلاثة مواضع، وفي مسائل الأقضية من البرزلي من ذلك مسائل. وذكر في نوازل أصبغ أيضاً مسألة من شهد شهادة تؤدي إلى حدّه أنه تسقط شهادته ويحدكما إذا شهد شاهدان أن رجلاً طلق امرأته ألبتة وأنهما رأياه بعد ذلك يزني بها كالمرود في المكحلة. وقال ابن الماجشون: الحد ساقط عنهما السقوط شهادتهما في الطلاق وقال سحنون: الشهادة ساقطة ولا حد عليهما. قال ابن رشد: وقيل يلزمه الطلاق ويحدان وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك. وقول أصبغ في إيجاب الحد على الشاهدين وإن سقطت شهادتهما في الطلاق، أظهر من قول ابن الماجشون وسحنون انتهى. وانظر توجيه الأقوال فيه والله أعلم ص: **(كعلى مورثه المحصن بالزنا)** ش: قال ابن رشد في أول سماع سحنون من كتاب الشهادات: وإذا سقطت شهادتهم بأي وجه سقطت وجب الحد عليهم. وقد قال سحنون: إذا سقطت شهادتهم بالظنة ولا فرق بين أن تسقط بالظنة أو

بالزنا أو قتل العمد إلا الفقير) ابن عرفة: المانع الثاني جر شهادة الشاهد لنفسه نفعاً لأنه بها متهم. في الموطأ قال عمر: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين. الباجي عن ابن مزين عن يحيى بن سعيد: هو المتهم الذي يظن به غير الصلاح. ابن كنانة: شهادة المتهم مردودة وإن كان مبرزاً في العدالة. قال ابن القاسم: لو شهد أربعة على أبيهم بالزنا ردت شهادتهم ولا يرجم لأنهم يتهمون على إرثه ويحدون. وقال أشهب: إن كان الأب عديماً جازت شهادتهم إن كانوا عدولاً، ورجم الأب بشهادتهم إلا إن كان موسراً فترد شهادتهم لتهمتهم بالميراث قال: وكذلك لو شهدوا عليه وكذا إن شهدوا أنه قتل فلاناً عمداً. وقال ابن اللباد: لا تجوز شهادتهم وإن كان معدماً لتهمتهم على سقوط نفقته عنهم

أَوْ بِعِتْقِ مَنْ يُتَّهَمُ فِي وَلَائِهِ، أَوْ بِدَيْنٍ لِمَدِينِهِ،

بالجرحة. انتهى ص: (أو بدين لمدينه) ش: يعني أن شهادة رب الدين للمديان بدين له على شخص آخر لا تجوز لأنه يتهم أن يكون شهد له بذلك ليقضيه منه.

تنبيهات: الأول: قيد رحمه الله المسألة بكون رب الدين شهد للمديان بدين ولا خصوصية للدين، وفرضها في التوضيح فيما إذا شهد له بمال ويدخل فيه ما إذا شهد له بقضاء دين عليه فإنها شهادة بمال وهو ظاهر الرواية كما سيأتي.

الثاني: أطلق رحمه الله في رد شهادته ولم يفرق بين أن يكون المديان ملياً أو معسراً، وتبع في ذلك ابن الحاجب، وعلى ذلك اقتصر ابن فرحون في تبصرته، وذكر في التوضيح في ذلك ثلاثة أقوال. الأول: رد شهادته مطلقاً وهو مذهب ابن القاسم. الثاني: إجازتها له وإن كان معدماً وعزاه لأشهب. الثالث: التفرقة بين أن يكون المديان معدماً فتمنع الشهادة وبين أن يكون مليئاً فتجوز. وتبع المصنف في حكاية هذه الأقوال ابن عبد السلام، وتبعهما صاحب الشامل فقال: ولو شهد رب دين لمديانه بطلت على الأصح وثالثها إن كان معسراً انتهى. ونقل في البيان القول بجواز شهادته له مطلقاً عن مالك من رواية ابن القاسم. وذكر عن ابن القاسم أنه بلغه عن مالك القول بالتفرقة بين المليء والمعدم. وجعله ابن رشد تفسيراً فقال في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: قال مالك: شهادة الرجل لرجل

برجمه. ابن عرفة في سماع سحنون: قال: قال أشهب: يرجم الأب بشهادتهم إلا إن كان موسراً فترد شهادتهم لتهمتهم بالميراث، قال: وكذا لو شهدوا عليه أنه قتل فلاناً عمداً وهو معسر أيضاً ترد شهادتهم عليه لأنهم يريدون الراحة منه لأجل النفقة عليه. ابن رشد: في تسوية أشهب بين شهادتهم بزناه وشهادتهم بقتله نظر، لأن شهادتهم بقتله واجبة إن دعوا إليها، ومستحبة إن لم يدعوا، فواجب قبول شهادتهم بذلك ما لم يتهموا على إرثه والراحة من النفقة عليه، وشهادتهم بزناه مكروهة لأنهم مأمورون بالستر على أنفسهم وعلى الناس، فالصواب رد شهادتهم بزناه لأنها عقوق إلا أن يعذروا بجهل أو لأنهم دعوا إلى الشهادة عليه مثل أن يقوم بحد على من قذفه بالزنا فسأل القاذف بنيه أن يشهدوا له بزناه ليسقط عنه حد قذفه، وعليه ينبغي حمل قول أشهب **(أو بعتق من يتهم في ولائه)** من المدونة: إن شهد وارثان أن الميت أعتق هذا العبد، فإن كان معهما نساء والعبد يرغب في ولائه لم تقبل شهادتهما، وإن كان لا يرغب في ولائه ولم يكن معهما نساء جازت شهادتهما **(أو بدين لمدينه)** انظر هذا الإطلاق وقد قال بعد هذا: والمديان المعسر لربه، فسمع ابن القاسم: شهادة الرجل لرجل وللشاهد على المشهود له حق جائزة. ابن القاسم: بلغني إن كان المشهود له موسراً قبلت وإلا لم تقبل لأنه إنما شهد لنفسه. قال ابن القاسم: وكذا إن كان للمشهود له على الشاهد حق إن كان ملياً جازت شهادته، وإن كان معدماً لم تجز. ابن رشد: ما بلغ ابن القاسم عن مالك مفسر لما سمعه منه مجملاً، وهذا إن كان الدين حالاً أو قريب الحلول، وإن بعد جازت شهادته كما لو كان ملياً

بِخِلاَفِ الْمُنْفِقِ لِلْمُنْفِقِ عَلَيْهِ، وَشَهَادَةُ كُلٍّ لِلآخَرِ، وَإِنْ بِالْمَجْلِسِ وَالْقَافِلَةِ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ، فِي

وللشاهد على المشهود له حق جائزة. ابن القاسم: بلغني عنه إن كان المشهود له موسراً قبلت وإلا لم تقبل لأنه إنما شهد لنفسه. قال ابن رشد: ما بلغ ابن القاسم من تفرقة مالك بين كون المشهود له ملياً أو معدماً مفسر لما سمعه منه مجملاً. وهذا إن كان الدين حالاً أو قرب الحلول وإن بعد جازت شهادته كما لو كان ملياً وشهادته له فيما عدا الأموال جائزة. قاله بعض أهل النظر وهو صحيح. انتهى باختصار ابن عرفة. وعلى كلام ابن رشد هذا اقتصر ابن عرفة ولم يحك فيه خلافاً فتأمله، فإنه مخالف لما نقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم من رد شهادته مطلقاً. وأيضاً فقد نقل ابن عبد السلام والمصنف القول بالتفرقة عن بعضهم وجعلوه خلافاً، ونقله في البيان عن مالك من رواية ابن القاسم وجعله تفسيراً، وهذا هو الظاهر من المذهب ولذلك اعتمده ابن عرفة فاقتصر عليه وكذلك القرافي في الذخيرة.

الثالث: أطلق المصنف في رد الشهادة وتقدم في كلام ابن رشد تقييد المسألة بحلول الدين أو قرب حلوله والله أعلم. ص: **(بخلاف المنفق للمنفق عليه)** ش: تصوره ظاهر. وأما عكسه وهو شهادة المنفق عليه للمنفق فإنها لا تجوز له كما نقلها الشارح عن المدونة. ونقل في المسائل الملقوطة أنها جائزة إذا كان مبرزاً في العدالة ونصه فيما يشترط فيه التبريز شهادة

وشهادته له فيما عدا الأموال جائزة. **(بخلاف المنفق للمنفق عليه)** من المدونة: لا تجوز شهادة من هو في عيال الرجل للرجل. قال ابن حبيب: وأما إن كان المشهود له في عيال الشاهد فتجوز شهادته إذ لا تهمة هنا. انظر أول ترجمة من الشهادات من ابن يونس **(وشهادة كل للآخر وإن بالمجلس)** سمع أبو زيد: إن شهد رجلان كل منهما لصاحبه بعشرة دنانير على رجل بمجلس واحد جازت شهادتهما إن كانا عدلين. ابن رشد: هذا ثالث الأقوال. راجع المسألة ففيها طول **(والقافلة بعضهم لبعض في حرابة)** من المدونة: تجوز على المهاربين شهادة من حاربوه إن كانوا عدولاً إذ لا سبيل إلى غير ذلك، شهدوا بقتل أو أخذ مال أو غيره، ولا تقبل شهادة أحد منهم لنفسه وتقبل شهادة بعضهم لبعض. وسمع يحيى ابن القاسم: إنه شهد مسلوبان أن هؤلاء سلبونا هذه الثياب والدواب وهي قائمة بأيديهم أقيم عليهم الحد بشهادتهما، ولم يستحقوا الدواب والمتاع إلا بشاهدين سواهما. ابن عرفة: في صحة هذه الشهادة في الحد والمال ولو لأنفسهما وردها فيهما ولو بالمال لغيرهما، ثالثها في الحد والمال لغيرهما لا لأنفسهما، ورابعها لا يجوز في ذلك أقل من أربعة، راجع هذه المسألة فإنها طويلة. وانظر من هذا المعنى في نوازل ابن سهل فيمن أوصى بفداء من لا طالب له قال: هذا باب لا يتوصل إليه إلا بشهادة من يختلف إلى أرض الحرب، فإذا كان فيهم من رضيت هديه عملت بهم. وفي نوازل ابن رشد: شهادة الأسرى على التوسم جائزة للضرورة. وعن مطرف وابن الماجشون: رأينا مالكاً وجميع أصحابه يجيزون للضرورة شهادة بعض أهل الرفقة على بعض إذا عرض لهم خصام فيما يدور بينهم من البيع والكراء والسلف والمعاملة بتوسم الحرية والعدالة في ذلك السفر كانوا من بلد واحد أو

جِرَايَةٍ، لاَ الْمَجْلُوبِينَ، إِلاَّ كَعِشْرِينَ، وَلاَ مَنْ شَهِدَ لَهُ بِكَثِيرٍ وَلِغَيْرِهِ بِوَصِيَّةٍ، وَإِلاَّ قُبِلَ لَهُمَا،

الصناع لمن يكثر استعمالهم للتهمة في جر أعمالهم لهم وتوقيفها عليهم. وزاد أيضاً الشهادة للصانع إذا كان مثله يرغب في عمله ولا عوض منه. وزاد أيضاً المنفق عليه للمنفق. انتهى من المتيطية ومعين الحكام وابن راشد اهـ كلامه. ولعل صوابه المنفق للمنفق عليه أعني الصورة الأولى التي في كلام المصنف وإلا فهو مشكل والله أعلم. ص: **(ولا من شهد له بكثير ولغيره بوصية وإلا قبل لهما)** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: وأما شهادة الوصي على الميت أوله فقال في كتاب الشهادات من المدونة: وتجوز شهادة الوصيين أو الوارثين بدين على الميت. ابن يونس: مع يمين الطالب أنه ما قبض منه شيئاً ولا سقط عنه بوجه ما اهـ. ثم قال في المدونة: ولا تجوز شهادة الوصي بدين للميت إلا أن يكون الورثة كباراً وهم بحال الرشد يلون أنفسهم ,لا يتهم على قبض لهم فتجوز انتهى. وفي

بلدان شتى، ولا تجريح للخصم فيهم عند ابن الماجشون، ولا تجوز شهادة بعضهم على بعض في الحدود والغصب لأن هذه الوجوه لا شهادة فيها إلا بالعدالة الظاهرة، وإنما أجيزت فيما ذكرنا لإصلاح السبل وردع الشرار. وقال القرافي: المصالح الضرورية كنفقة الإنسان مقدمة على المصالح الحاجية كنفقته على زوجته، والحاجية مقدمة على التمامية كنفقته على أقاربه والمشقة مصلحة ولو أفضت إلى مخالفة القواعد وذلك ضروري يؤثر في الرخص كالبلد الذي يتعذر فيه العدول. قال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في نوادره: تقبل شهادة أمثالهم لأنها ضرورة، وكذلك يلزم في القضاة وسائر الولاة، وقال أيضاً ما نصه: أول بدء الإنسان في زمن آدم كان الحال ضيقها فأبيحت الأخت لأخيها، فلما اتسع الحال حرمت وحرم السبت والشحوم والإبل، وفرضت الصلاة خمسين صلاة، وكانت التوبة بقتل النفس وإزالة النجاسة بقطع الثوب، فلما هرمت الدنيا وقل الجلد أحلت تلك الحرمات، فدل ذلك على اختلاف الأحكام باختلاف الأحوال والأزمان **(لا المجلوبين إلا لكعشرين)** قال مالك في الحصن يفتح فيسلم أهله فيشهد بعضهم لبعض وأنهم يتوارثون بأنسابهم كما كانت العرب حين أسلمت: وأما العدد القليل يتحملون إلينا فهؤلاء لا تقبل شهادة بعضهم لبعض إلا أن يشهدوا سواهم من تجار أو أسارى كانوا عندهم فيتوارثون بذلك. قال ابن القاسم: والعشرون عدد كثير. وانظر من هذا المعنى ما لابن عات أن أهل البادية إذا شهدوا في حق لامرأة أو غيرها ولم يكن فيهم عدل أنه يستكثر منهم ويقضي بشهادتهم. ونقل البرزلي هذا في نوازله، ثم نقل عن بعض المفتيين بالقرى على ثلاثين ميلاً من البلد فيها الثلاثون رجلاً والأربعون والأكثر من ذلك والأقل وليس فيهم عدل مشهور بالعدالة ولا يجدون من يعرفهم فقال: لكل قوم عدولهم وليستكثر منهم ما استطاع ويقضي بهم، وانظر أنت يجوز أن يزكي مثل هؤلاء من هو غير معروف ويعدل هذا من هو معروف. انظره قبل هذا عند قوله «من معروف إلا الغريب» **(ولا من شهد له بكثير ولغيره بوصية وإلا قبل لهما)** ابن عرفة: في شهادة الشاهد بوصية له فيها نصيب اضطراب. ومن المدونة قال ابن القاسم: قال مالك

وَلاَ إِنْ دَفَعَ: كَشَهَادَةِ بَعْضِ الْعَاقِلَةِ بِفِسْقِ شُهُودِ الْقَتْلِ، أَوِ الْمُدَانِ الْمُعْسِرِ لِرَبِّهِ وَلاَ مُفْتٍ عَلَى مُسْتَفْتِيهِ، إِنْ كَانَ مِمَّا يُنَوَّى فِيهِ، وَإِلاَّ رَفَعَ، وَلاَ إِنْ شَهِدَ بِاسْتِحْقَاقٍ، وَقَالَ: أَنَا بِعْتُهُ لَهُ، وَلاَ إِنْ حَدَثَ فِسْقٌ بَعْدَ الأَدَاءِ،

المقرب: وشهادة الوصي على الميت جائزة، وإن شهد بدين للميت على أحد لم تجز شهادته لأنه يجر إلى نفسه إلا أن تكون الورثة كلهم كباراً مرضيين ولا يجر بشهادته إلى نفسه شيئاً فشهادته جائزة. وقال مالك: وإن شهد أوصياء ميت أن الميت أوصى لفلان جازت شهادتهم. وقال غيره: وهذا إذا ادعى ذلك فلان ولم يكن لهما فيما شهدا به شيء يجرانه إلى أنفسهما، وكذلك شهادة الوارثين في مثل هذا إذا شهد أن الميت أوصى لفلان فشهادتهما في ذلك جائزة إذا لم يجرا بها شيئاً إلى أنفسهما. اهـ من كتاب الشهادات ص: **(ولا إن شهد باستحقاق وقال أنا بعته له)** ش: قال في النوادر في أوائل الجزء الثاني من كتاب الشهادات

فيمن شهد لرجل في ذكر حق له فيه شيء: لم تجز شهادته له ولا لغيره بخلاف شهادته على وصية أوصى له فيها بشيء. هذا إن كان الذي أوصى له فيها شيء تافه لا يتهم عليه جازت له ولغيره لأنه لا ينبغي أن تجاز الشهادة ويرد بعضها. وقال مالك في رجل هلك فشهد رجل أنه أوصى لقوم بوصايا وأوصى للشاهد منها بوصية وأسند الوصية إلى الشاهد وهو يشهد على جميع ذلك: فإن كان الذي شهد به لنفسه تافهاً لا يتهم على مثله جازت شهادته. ابن يونس: ظاهر المدونة أنه فرق بين الوصية وغيرها. والفرق بينهما أن الوصية فيها ضرورة أو قد يخشى الموصي معاجلة الموت ولا يحضره إلا الذي أوصى له ولا ضرورة تلحقه في غيرها من الحقوق، وكما أجازوا شهادة الصبيان للضرورة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن فكذلك هذا **(ولا إن دفع كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل)** عد ابن الحاجب من موانع الشهادة أن يدفع بها عن نفسه كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ. ابن عبد السلام: أطلقوا القول برد هذه الشهادة مع أن الفقير لا يلزمه أداء والمقدار الذي يلزم الغني أداؤه يسير جداً. ابن عرفة: ظاهر ابن عبد السلام أن هذا الفرع مقول لغير واحد من أهل المذهب ولا أعرفه إلا للمازري ووجيز الغزالي **(والمديان المعسر لربه)** انظر عند قوله «أو مديون لمدينه» **(ولا مفت على مستفتيه إن كان فيما ينوى فيه)** انظر هذه العبارة. قال ابن رشد: من أقسام الشهادات شهادة لا يجوز القيام بها ولو دعي إليها وهي التي يعلم من باطنها خلاف ما يوجب ظاهرها كالرجل يأتي العالم فيقول حلفت بالطلاق أن لا أكلم فلاناً فكلمته بعد ذلك بشهر لأني كنت نويت أني لا أكلمه إلى شهر، فإن دعته امرأته ليشهد لها فيما أقر به عنده من حلفه بالطلاق أن لا يكلمه وأنه كلمه بعد شهر لم يجز له أن يشهد عليه بذلك وإلا رفع **(ولا إن شهد باستحقاق وقال أنا بعته له ولا إن حدث فسق بعد الأداء)** الذي لابن يونس: إن ارتد الشهود أو فسقوا قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم وسقطت وإن ظهر منهم فسق أو أخذوا يشربون خمراً وذلك بعد حكم الإمام بإقامة الحد أو القصاص لا أن ذلك لم يقم بعد فإن ذلك ينفذ ويقم الحد والقصاص لأنه حكم نفذ الأمر به. قال عبد الملك: وإذا كتب القاضي شهادة رجل ولم يحكم حتى قتل قتيلاً على نائرة أو

بِخِلاَفِ تُهْمَةِ جَرٍّ، وَدَفْعٍ وَعَدَاوَةٍ، وَلاَ عَالِمٍ عَلَى مِثْلِهِ،

في آخر ترجمة الرجل يشهد لغيره ولنفسه ما نصه: سئلت عمن شهد لرجل استحق ثوباً أنه له بعته أنا منه، فأجبت بأنه لا تجوز شهادته لأن من شهد له بشيء أنه ملكه بشرائه إياه من فلان فلا تتم فيه الشهادة حتى يقولوا إن فلاناً البائع علمنا أنه يملكه أو يحوزه حيازة المالك حتى باعه من هذا، فهذا الشاهد البائع لم يثبت ملكه للثوب إلا بقوله انتهى.

فرع: قال في الترجمة المذكورة: ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه: وإن شهد رجل لرجل في سهم في شرب عين أو نهر أو حوائض وكان أصل ذلك بينه وبينه فقاسمه ثم شهد له الآن بملكه لذلك الذي صار له في القسمة من أصل عين أو أرض قال: شهادته له فيه جائزة اهـ.

فرع: قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم بأعيانها في الراعي إذا ادّعى أن بعض الغنم التي يرعاها له أو لشخص، أنه لا يصدق فيما يدعيه لنفسه إلا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف معه. قال: وأما إن أقر بشيء منها لغير الذي استأجره فهو شاهد له تقبل شهادته إن كان عدلاً، وسواء كان يأوي الراعي إلى داره أو إلى دار الذي استأجره. انتهى. آخره باللفظ. وتقدم بعضه عند قول المصنف في باب الإجارة «وهو أمين» ص: **(ولا عالم على مثله)** ش: قال ابن عرفة.

قذف رجلاً وقاتل من شهد عليه، فلا تسقط بهذا شهادته التي وقعت عند الحكم إلا أن يحدث ما يستره الناس من الزنا والسرقة وشرب الخمر فتسقط شهادته تلك. قال ابن المواز: لأنه مما يظن أنه فعله قديماً. ولو حكم بشهادة بينة في حد فلم يقم حتى ظهر منهم شرب الخمر أو فسق أو ارتداد فالحكم نافذ لا يرد، وإذا لم يحكم بها بطلت شهادتهم. وقاله أشهب، وهو كالرجوع قبل الحكم أو بعده. قال أشهب: ولو قاتل المشهود عليه البينة قبل الحكم وبعد الشهادة لم يبطل ذلك شهادتهم. وقاله ابن القاسم. انتهى من ابن يونس. ابن عرفة: قال أشهب: إن شهدت بينة عند قاض ثم جنت أو شجت خطأً لم ترد شهادتها، وإن أحدثت بعد أدائها قبل الحكم بها بعد تعديلها ما يمكن إسراره كشرب خمر ردّت شهادتها. محمد: مما يظن أنه فعله قديماً وليس مما يعلنه وإن كان مما لا يمكن إسراره. قال عبد الملك: كقتل على نائرة أو قذف أو قتل من شهد عليه ففي ردها قولان. وسمع سحنون ابن القاسم: من شهد وهو عدل فلم يحكم الحاكم بشهادته حتى وقع بينه وبين المحكوم عليه خصومة لم ترد بذلك شهادته، فلم يزد فيها ابن رشد شيئاً **(بخلاف تهمة جر ودفع وعداوة)** ابن رشد: التهمة بالعداوة تحدث والظنة تقع لا تؤثر في إجازة الشهادة إلا أن يعلم لذلك سبب قبل أدائها كمن شهد لامرأة ثم تزوجها فشهد عليه أنه كان يخطبها قبل أن يشهد لها. وقال أصبغ: إن خاصم الشاهد المشهود عليه بعد الشهادة لم تبطل شهادته إلا أن يقر أن ما يطالبه به قبل إيقاع الشهادة **(ولا عالم على مثله)** عن ابن عباس رضي الله عنه قال: خذوا العلم حيث وجدتم ولا تقبلوا شهادة الفقهاء بعضهم على بعض لأنهم يتغايرون كما يتغاير التيوس في الزريبة. وقال ابن وهب: لا تجوز شهادة

وَلاَ إِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمَّالِ، أَوْ أَكَلَ عِنْدَهُمْ بِخِلاَفِ الْخُلَفَاءِ،

فرع: قال في الطرر في ترجمة تقييد عداوة مال بعض أهل الشورى أن شهادة أهل المذهب جائزة على جميع المسلمين، يريد أصحاب أبي حنيفة والشافعي وغيرهما. وقال في الاستغناء: إن هذا إجماع ص: (**ولا إن أخذ من العمال أو أكل عندهم بخلاف الخلفاء**) ش: قال في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات في مسألة طويلة سئل عنها سحنون، وقد يكون الرجل يقبل صلة السلطان ويأكل طعامه وسلاطين هذا الزمان من قد علمت أتراه بذلك مجرحاً ساقط الشهادة.

فإن قلت: إن ذلك جرحة في شهادته فقد قبل جوائز السلطان من قد علمت من أئمة الهدى والعلم، وقد أخذ ابن عمر جوائز الحجاج والحجاج من قد علمت، وأخذ ابن شهاب جوائز عبد الملك بن مروان وغيره من الخلفاء وأخذ مالك جوائز أبي جعفر. فإن قلت: إنهم يأخذون ذلك على وجه الخوف فإن منهم من يأمن السلطان بترك الأخذ منه فلم نر إلا خيراً.

القارىء على القارىء يعني العلماء لأنهم أشد الناس تحاسداً، وقاله سفيان الثوري. وقال ابن عرفة: العمل اليوم على خلاف هذا وشهادة ذوي القبول منهم مقبولة بينهم كغيرهم. انتهى. وانظر كثيراً ما يكون هذا التغاير في خلافهم في تحقيق المناظرات التي لا يمكن أن ينقطع فيها الاجتهاد أبداً، فانظر كيف اختلفت الأئمة الأربعة في البيع قبل القبض مع قبولهم حديث «من ابتاع طعاماً» الحديث. ومثل هذا يقع للأولياء نفعنا الله بهم. ذكر صاحب كتاب المعارج أنه قد يفضي إنكار القوم بعضهم على بعض إلى أن يكفر بعضهم بعضاً وذلك من أجل أن يحكم بحاله على غيره. قال أبو حامد في إحيائه: ولذلك تختلف أجوبتهم، وهذا معنى قول تاج الدين: تنوعت أجناس الأعمال لتنوع واردات الأحوال وواردات الأحوال ما يرد على القلوب من المعارف، فقد يكون وارد يريد قبضاً وآخر يريد بسطاً أو هبة أو أنساً أو رجاء أو خوفاً. وانظر قضية يحيى وعيسى عليهما السلام حين التقيا فقال أحدهما لصاحبه: كأنك آمن من مكر الله. وقال الآخر له: وأنت كأنك آمن من روح الله. فتنوع ما ظهر عليهما لتنوع واردات أحوالهما وكل منهما صادق بنسبة، فبهذا يجب تحسين الظن بالجميع ولا نسمع كلام البعض في البعض لأجل غيرتهم على الدين لا تحاسدهم (**ولا إن أخذ من العمال أو أكل عندهم**) سحنون: من قبل الجوائز من العمال المضروب على أيديهم سقطت شهادته، ومن كانت منه الزلة والفلتة فغير مرود الشهادة لأن الأمر الخفيف من الزلة والفلتة لا يضر في العدالة، والمدمن على الأخذ منهم ساقط الشهادة. وأما جوائز الخلفاء فجائزة لا شك فيها لاجتماع الخلق على قبول العطية من الخلفاء ممن يرضى منهم وممن لا يرضى وما يظلم فيه قليل في كثير. ابن رشد: قوله «قبوله من العمال جرحة» ومعناه عندي عمال الجباية الذين إنما جعل لهم قبض الأموال وتحصيلها دون وضعها في وجوهها بالاجتهاد، وأما الأمراء الذين فوض لهم الخليفة أو خليفته قبض الأموال وصرفها في وجوهها باجتهادهم كالحجاج وشبهه من أمراء البلاد المفوض جميع الأمور فيها إليهم فجوائزهم كجوائز الخلفاء. وأما القضاة والأجناد والحكام فلهم أخذ أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم

....

وقد ذكر أن أبا جعفر أمر لمالك بثلاث صرر دنانير فاتبعه الرسول بها فسقطت منه صرة في الزحام، فلما أتاه بالصرتين سأله عن الثالثة فأنكر أن يكون أخذ غير الصرتين فألزمه مالك بالثالثة وألح عليه فيها حتى أتى بها بعض من وجدها فدفعها إليه، فمالك لم يفعل هذا إلا متطوعاً. فإن رأيت طرح شهادة من أخذ من السلطان فجميع القضاة منه يرزقون وإياه يأكلون. فقال سحنون: من قبل جوائز السلطان ساقط الشهادة عندنا، وأما الأكل فمن كان ذلك منه الزلة والفلتة فغير مردود الشهادة، وأما المدمن الأكل فساقط الشهادة. وأما احتجاجك بقبول ابن شهاب ومالك لجوائز السلطان فقد قسمت بغير قياس واحتججت بما لا يحتج به من قبل. إن

وإن كان المجبى حلالاً لكن لم يعدل في قسمه فالأكثر على جواز أخذ الجائزة منهم، وكرهه بعضهم، وإن شاب المجبى حلال وحرام فالأكثر على كراهة الأخذ منه، منهم من أجازه. وإن كان المجبى حراماً فمنهم من حرم أخذ الجائزة والرزق على عمل من الأعمال منهم، وروي هذا عن مالك، ومنهم من أجازه ومنهم من كرهه. اهـ كلام ابن رشد. والذي نقل ابن يونس في جامعه وابن أبي زيد في مختصره قال مالك من قول أهل المدينة إن من بيده مال حرام فاشترى به داراً أو ثوباً من غير أن يكره على البيع أحداً، فلا بأس أن تشتري أنت تلك الدار أو الثوب من الذي اشتراه بالمال الحرام. وقد تقدم في الشفعة أنه يجوز أن يشفع في الشقص المشترى بالمال الحرام ويبقى النظر في قبول هبة هذا المشترى بالمال الحرام ومع كون مشتريه مستغرق الذمة، فمنع ابن القاسم ذلك لأن من أحاط الدين بماله لم تجز صدقته ولا هبته. قال ابن رشد: وأجاز قبول هذا المشترى هبة. ابن سحنون وابن حبيب قال ابن حبيب: وكذلك هؤلاء العمال ما اشتروه في الأسواق فأهدوه لرجل طاب للمهدى له. قال ابن رشد: وجه هذا كله أن الحرام ترتب في ذمة البائع والمهدي فهو المأخوذ به والمسؤول عنه. وفي المدونة: من أودعته دنانير فابتاع بها سلعة فليس لك أخذها، إنما لك أخذ دنانيرك، وفيها: إن غصب دنانير فاشترى بها شقصاً كانت فيه الشفعة للشفيع لأنها إذا استحقت غرم مثلها ولم ينقض البيع، وانظر ابن بطال من الجنائز، ونقل عن الطبري: من كان من أهل الإسلام بيده مال لا يدري من حرام كسبه أو من حلال فإنه لا يحرم قبوله لمن أعطيه بعد أن لا يعلمه حراماً بعينه. قال: وبنحو هذا قالت الأئمة من الصحابة والتابعين. ومن كرهه فإنما ركب في ذلك طريق الورع وتجنب الشبهات لأن الحرام لا يكون إلا بيناً غير مشكل. ونحو هذا قال أبو عمر في تمهيده. وانظر في حديث سمرة. وقال سفيان: جوائز السلطان أحب إلي من صلة الإخوان لأنهم لا يمنون والإخوان يمنون، وكانت هدايا المختار تأتي ابن عمر وابن عباس. وقال الحسن: لا يرد عطاياهم إلا أحمق أو مراء وهذا فيما لا يعلم فيه الحرام بعينه. اهـ من التمهيد. قال ابن بطال: وسئل النخعي عن الرجل يرث الميراث منه الحلال ومنه الحرام قال: لا يحرم عليه إلا الحرام بعينه. وفي طرر ابن عات: من عمل عمل السلطان فظلم الناس أو كان قاهراً غاصباً أو قاطعاً للسبيل أو سارقاً أو تاجراً عمل بالربا، ثم مرض وأراد أن يتخلص وأنال من ذلك كله وأراد أن يوصي بماله كله عن ذلك وقال: أنا قد نلت من أموال الناس أكثر من

قبول مالك لها من عند من تجري على يده الدواوين وهو أمير المؤمنين، وجوائز الخلفاء جائزة لا شك فيها على ما شرط مالك لإجماع الخلق على قبول العطاء من الخلفاء ممن يرضى به وممن لا يرضى به، ولم نعلم أحداً من أهل العلم أنكر أخذ العطاء من زمن معاوية إلى اليوم. وأما قولك في القضاة فإنما هم أجراء المسلمين آجروا أنفسهم فلهم أجرهم من بيت مال المسلمين. وأما ما ذكرت عن ابن عمر فقد سمعت علي بن زياد ينكر ذلك على ابن عمر ويدفعه. قال ابن رشد: قول سحنون إن قبول الجوائز من العمال المضروب على أيديهم جرحة تسقط الشهادة والعدالة صحيح، ومعناه عندي إذا قبضوا ذلك من العمال على الجباية لأنهم إذا جعل إليهم قبض الأموال وتحصيلها دون وضعها في وجوهها ومواضعها. وأما الأمراء الذين فوض إليهم الخليفة أو خليفة الخليفة قبض الأموال وجبايتها وتصريفها باجتهادهم كالحجاج وشبهه من الأمراء على البلاد المفوض جميع الأمور فيها إليهم، فقبض الجوائز منهم كقبضها من الخلفاء فإن صح أخذ ابن عمر جوائز الحجاج فهذا وجهه، ثم تكلم على حكم أخذ القضاء والحكام الارتزاق من العمال الذين فوض إليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك وأجاز لهم أخذ ذلك منهم، ثم تكلم على حكم ما إذا كان المجبى حلالاً أو حراماً أو مشوباً بحلال وحرام

جميع مالي ولا أعرف أصحابه، فأنا أوصي بجميع مالي عن ذلك كله للمساكين، لم يكن له ذلك إذا أبى ورثته عن ذلك، وجاز له الثلث وكان ينبغي أن يفعل ذلك في صحته اهـ. وانظر آخر الثلث الوسط من نوازل ابن رشد: من استفاد مالاً لا يلزمه أن يصرفه في نفقة تباعته، وحكمه حكم اللقطة، وحكم من وجد في المشترى من المغنم كبة خيوط بدرهم فوجد فيها صليباً ذهباً يكون فيه سبعون ديناراً في سماع أشهب، فانظر هذا الفقه والفقه الذي تقدم في الطرر هل يقتضيه قول ابن القاسم أن المستغرق الذمة بالمال الحرام يعامل فيهما بيده بالقيم ولا يقبل منه على وجه العطية، بل من تمكن بشيء مما بيده وجب عليه ضمانه للمساكين، وقد تقدم في الوديعة فتيا المحاسب للذي سأله عن حبس وديعة لبعض أصحاب السلطان فقال له: إن رددتها له فليتصدق بمثلها عن المساكين إن لم تعرف أربابها. وعلى هذا لو جنى هذا المستغرق الذمة على دابة رجل فقتلها أو على ثوب فأفسده لما ساغ للمجني عليه أن يغرمه شيئاً لأنه يدخل بذلك على أهل تباعاته نقصاً. وكذلك أيضاً لا يسوغ لأجير أن يأخذ أجرة في خدمته إياه ولا لحجام، إجارة في حجامته لأنهم يدخلون بذلك على أهل تباعته نقصاً، ولو كانت الإجارة فيما يتعلق بماله لكان حكمها حكم مبايعته، وعرف عياض بعبد الجبار المشهور بالورع دفع إليه جندي فرسه فركبه فنظر إليه أصحابه فقال: مالكم إما ورع نقص وإما علم زاد. قال بعضهم: ولعله تصدق بقدر انتفاعه به. وعرف عياض بابن مجاهد الألبيري لما زار الجبيري بالزهراء وأكل معه ولم يكن له مال إلا من السلطان فقيل له في ذلك فقال: لو أمسكت عن طعامه لكان جفاء عليه وقد قومت ما أكلت وأجمعت على الصدقة به وثواب ذلك لصاحبه، ورأيت هذا أفضل من الشهرة والإمساك عن طعامه والجفاء عليه (**بخلاف الخلفاء**) المتيطي: لا تسقط الشهادة

وَلاَ إِنْ تَعَصَّبَ، كَالرِّشْوَةِ، وَتَلْقِينِ خَصْمٍ، وَلَعِبِ نَيْرُوزٍ، وَمَطْلٍ،

وأطال في ذلك فراجعه إن أردته والله أعلم. ص: **(ولا إن تعصب)** ش: قال ابن فرحون: من موانع الشهادة العصبية، وهو أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بني فلان أو من قبيلة كذا. انتهى ص: **(وتلقين خصم)** ش: قال ابن فرحون: ومن الموانع تلقين الخصم الخصومة فقيهاً كان أو غيره انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: لا تجوز شهادته فقيهاً كان أو غيره، ويضرب ويشهر في المجالس ويعرف به وسجل عليه، وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكثير من الفقهاء بمشورة أهل العلم. انتهى ص: **(ومطل)** ش: قال في التوضيح في باب الحوالة.

فرع: وإذا مطل الغني ردت شهادته عند سحنون لأنه ظالم، لا عند محمد بن عبد الحكم. خليل: والظاهر أن من علم من صاحب الدين والاستحياء في المطالبة أن ذلك كالمطل والله أعلم انتهى. وزاد أبو الحسن في القول الثاني: ما لم تكن عادته انتهى.

فرع: قال في التوضيح: البخيل الذي ذمة الله ورسوله هو الذي لا يؤدي زكاة ماله، فمن أدى زكاة ماله فليس ببخيل ولا ترد شهادته. وقال بعض أصحابنا: شهادة البخيل مردودة وإن كان مرضي الحال يؤدي زكاة ماله انتهى. وقال ابن فرحون: قال ابن القاسم: وقد اختلف

بقبض جوائز الخلفاء من يرضى منهم ومن لا يرضى بخلاف العمال المضروب على أيديهم فالقبول منهم مسقط للشهادة، وكذلك الأكل عندهم إلا إذا كان ذلك منهم الزلة والفلتة فلا ترد شهادتهم، وأما المدمن الأكل عندهم فساقط الشهادة. **(ولا إن تعصب)** انظر عند قوله «ولا إن حرص على القبول» **(كالرشوة وتلقين خصم)** ابن عات: لا تجوز شهادة مرتش ولا ملقن للخصومة فقيهاً كان أو غيره، ويضرب على يديه ويشهر به في المجالس ويعرف به ويسجل عليه، وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكثير من الفقهاء لمشورة أهل العلم عنده. انظر قبل هذا عند قوله «ولم يفت في خصومة». وسئل بعض الشيوخ المتأخرين عن الهدية تأتي الفقيه عن الفتيا فقال: إن كان ينشط في الفتيا أهدى إليه أو لم يهد إليه فلا بأس بها وإلا فلا يأخذها، وهذا ما لم تكن خصومة وإنما يستفتيه في شيء يعرض له، والأحسن أن لا يقبل هدية من صاحب فتيا ولا مسألة، وهذا قول ابن عيشون، وكان يجعل غير ذلك رشوة. وقال عليه السلام: «من شفع لأخيه شفاعة وأهدى إليه هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»[1] ومن هذا انقطاع الرعية إلى العلماء والمتعلقين بالسلطان لدفع الظلم عنهم فيما دونهم لذلك. وما أهدى إلى الفقير رجاء العون على الخصومة فلا يحل له قبوله لأنها رشوة، وكذلك إذا تنازع عنده خصمان فأهديا إليه جميعاً أو أحدهما يرجو أن يعينه في حجته عند حكم إذا كان ممن يسمع منه فلا يحل أن يأخذ منهما ولا من أحدهما شيئاً على ذلك **(ولعب بنيروز)** عبارة ابن عات: يجرح الرجل بصنيعة النيروز والمهرجان إذ هو من فعل النصارى لقوله عليه

---

(١) رواه أحمد في مسنده (٥/٢٦١).

وَحَلِفٍ، بِطَلاقٍ، وَعِتْقٍ، وَبِمَجِيءِ مَجْلِسِ القَاضِي ثَلاثاً،

في شهادة البخيل وإن كان يؤدي زكاته. قال المازري: البخل منع الحقوق الواجبة وأما منع ما لا يجب فالقدح به في الشهادة مفتقر إلى تفصيل يعرفه من يعرف الاستدلال بحركات الناس وطبائعهم وسيرهم في دينهم وصدقهم. انتهى ص: **(وحلف بطلاق وعتق)** ش: ظاهره أن مجرد الحلف بهما ولو مرة يكون جرحة. والذي ذكره في مختصر الواضحة في أوائل كتاب الأيمان أنه جرحة في حق من اعتاد الحلف بذلك كما ذكره في الواضحة. وكما وقع ذلك في كلام صاحب النوادر واللخمي وابن رشد والمتيطي وغيرهم ناقلين له عن مطرف وابن الماجشون، وكلهم قبلوه. وقد نقلت كلامهم في الحاشية على رسالة ابن أبي زيد عند قول صاحب الرسالة: ويؤدب من حلف بطلاق أو عتاق. وقال ابن فرحون: من الموانع اعتياد الحلف بالطلاق والعتاق انتهى. فالجرحة إنما تكون لمن اعتد ذلك والله أعلم.

تنبيه: ذكر الشارح هنا حديث الطلاق والعتاق من أيمان الفساق. وذكره الفاكهاني في شرح الرسالة عن ابن حبيب. وقال السخاوي في المقاصد الحسنة: لم أقف عليه. ولم يذكر ابن فرحون الحديث ولم يذكره ابن حبيب في الواضحة في كتاب الأيمان ص: **(وبمجيء مجلس القاضي ثلاثاً بلا عذر)** ش: لم يبين البساطي ولا الشارح في الوسط معنى قوله: «ثلاثاً» هل ثلاث مرات في اليوم أو ثلاثة أيام متواليات. وقال الشارح في الشرح الصغير: ثلاث مرات في اليوم وربما فهم منه أن مجيئه ثلاثة أيام متواليات لا يقدح مع أنه قادح فينبغي أن يفسر به كلام المؤلف ليدخل الأول من باب أحرى. قال ابن فرحون: ومن الموانع إتيان مجلس القاضي ثلاثة أيام متواليات من غير حاجة لأن في ذلك إظهار منزلته عند القاضي ويجعل ذلك مأكلة للناس

السلام «من أحب قوماً فهو منهم» **(ومطل)** في نوازل ابن رشد: سحنون: مطل الغني جرحة لقوله عليه السلام «مطل الغني ظلم»[1] . ابن رشد: هذا بين على ما قاله بأن المعروف بالمطل دون ضرورة جرحة لأنه إذاية للمسلم في ماله. ابن محرز: ورأي بعضهم أن شهادة البخيل لا تقبل **(وحلف بعتق وطلاق)** في الرسالة: ويؤدب من حلف بطلاق أو عتاق ويلزمه. قال مطرف وابن الماجشون: ومن لزم ذلك واعتاده فهو جرحة فيه. المتيطي: واستحسن مالك كتاب هشام أن يضرب من حلف بطلاق أو عتاق عشرة أسواط، وكذلك الحالف بالمشي إلى بيت الله، ومن تكرر حلفه بذلك وعرف به كان جرحة في شهادته وإن بر في حلفه به. **(وبمجيء مجلس القاضي ثلاثاً بلا عذر)** سحنون: لا يكون

(١) رواه البخاري في كتاب الحوالات باب ١،٢. كتاب الاستقراض باب ١٢. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٣٣. أبو داود في كتاب البيوع باب ٦٨. النسائي في كتاب البيوع باب ١٠٠، ١٠١. ابن ماجة في كتاب الصدقات باب ٨. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٤٨. أحمد في مسنده ٢/٧١، ٢٤٥، ٢٥٤، ٢٦٠، ٣١٥، ٣٧٧، ٣٨٠، ٤٦٣، ٤٦٥.

وَبِتِجَارَةٍ لِأَرْضِ حَرْبٍ، وَسُكْنَى مَغْصُوبَةٍ، أَوْ مَعَ وَلَدٍ شِرِّيبٍ وَبِوَطْءِ مَنْ لاَ تُوطَأُ، وَبِالْتِفَاتِهِ فِي الصَّلاَةِ، وَبِاقْتِرَاضِهِ حِجَارَةً مِنَ الْمَسْجِدِ، وَعَدَمِ إِحْكَامِ الْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ، وَالزَّكَاةِ لِمَنْ لَزِمَتْهُ، وَبَيْعِ نَرْدٍ، وَطُنْبُورٍ، وَآسْتِحْلاَفِ أَبِيهِ، وَقُدِحَ فِي الْمُتَوَسِّطِ بِكُلٍّ، وَفِي الْمُبَرِّزِ بِعَدَاوَةٍ وَقَرَابَةٍ؛ وَإِنْ بِدُونِهِ: كَغَيْرِهِمَا عَلَى الْمُخْتَارِ،

وينبغي للقاضي أن يمنعه من ذلك انتهى. وقال في العارضة في كتاب الزكاة في كون الصحابة جلوساً حول النبي ﷺ ما نصه: هذا يدل على جواز الجلوس للناس حول القاضي يسمعون قضاءه ويتعلمون أعماله. وقال الفقهاء: لا يجلس حوله وذلك منقسم، أما من كان قصده التعلم ويظن ذلك فليقرب، ومن كانت إرادته الدنيا ليس العلم فليباعد ومن كان قصده التعلم ويطوي في ذلك نيل معاش حلال فيمكن وذلك بحسب ما يظهر للعالم القاضي من شمائل أو فراسة. انتهى ص: **(وسكنى مغصوبة)** ش: قال ابن فرحون: من الموانع أن يسكن في دار يعلم

عدلاً من أتى مجلس القاضي ثلاث مرات في غير حاجة **(وبتجارة لأرض حرب)** سحنون: لا تجوز شهادة من تجر إلى أرض العدو. وأجازها أبو صالح في المختلفين إلى أرض العدو إذا كانوا لا بأس بحالهم. قال البرزلي: كان شيخنا الإمام يقول: في السفر في مراكب الروم نظر في حال لهذا كان بعض أهل الصلاح يركب معهم **(وبسكنى مغصوبة أو مع ولد شريب وبوطء من لا توطأ)** سحنون: من وطىء جارية قبل أن يستبرئها أدب موجعاً مع طرح شهادته إن كان عالماً بمكروه ذلك، فإن كانت لم تبلغ المحيض ومثلها يوطأ فكذلك. ابن رشد: إن كان الحمل مأموناً عليها لم تسقط به شهادته لرواية على أنه لا استبراء فيها **(وبالتفاته في الصلاة)** الإخوان وابن عبد الحكم وأصبغ: من لا يقيم صلبه في ركوعه دون عذر لم تجز شهادته. ابن كنانة: ولو في النفل. ابن عرفة: الأظهر إن علمت إقامته في الفرض جازت شهادته **(وباقتراضه حجارة من المسجد)** سحنون: إذا تسلف من حجارة المسجد ورد عوضها وقال ظننت أن هذا يجوز **(وعدم إحكام الوضوء والغسل والزكاة لمن لزمته)** ابن كنانة: لا تجوز شهادة من لا يحكم الوضوء، وكذلك من هو من أهل الصلاة بالتيمم لسفر أو مرض وهو لا يعرفه، وكذا من لا يعرف قدر نصاب المال وهو من تجب عليه زكاته. ابن عرفة: لا يكون ممن له مال كثير لا يفتقر في زكاته لتحقيق قدر النصاب لأنه لا يتوقف إخراجه على معرفة قدره وهذا في المال العين، وأما في الماشية والزرع فلا **(وبيع نرد وطنبور)** تقدم النص بهذا عند قوله «وإدامة شطرنج» **(واستحلاف أبيه)** من المدونة قال مالك: لا أرى أن يستحلف الأب للابن في دعواه عليه. قال ابن القاسم: فإن شح الابن في استحلاف أبيه أحلف له وكانت جرحة على الابن. وفي كتاب ابن المواز: وذلك عقوق إذا استحلفه أو أخذ منه حداً ولا تجوز شهادته ولو عذر بجهالة أو كان حقه حقاً **(وقدح في المتوسط بكل)** اللخمي: يسمع الجرح في الرجل المتوسط العدالة مطلقاً **(وفي المبرز بعداوة أو قرابة وإن بدونه كغيرهما على المختار)** اللخمي: ويسمع الجرح في الرجل المبرز والمعروف بالفضل والصلاح إذا طلب ذلك المشهود عليه من باب العداوة والهجرة أو القرابة أو ما أشبه

وَزَوَالِ الْعَدَاوَةِ وَالْفِسْقِ، بِمَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بِلاَ حَدٍّ، وَمَنِ آمْتَنَعَتْ لَهُ. لَمْ يُزَكِّ شَاهِدَهُ وَيُجَرِّحْ شَاهِداً عَلَيْهِ، وَمَنِ آمْتَنَعَتْ عَلَيْهِ: فَالْعَكْسُ، إِلاَّ الصِّبْيَانَ، لاَ نِسَاءٌ فِي كَعُرْسٍ فِي جَرْحٍ، أَوْ قَتْلٍ، وَالشَّاهِدُ: حُرٌّ،

أن أصلها مغصوبة انتهى. وقال ابنه: ومن ذلك معاملة أهل الغصوب والسلف منهم. وقال بعده: ومنه الطحن في الرحا المغصوبة إذا علم ذلك. انتهى. ص: (والشاهد حر) ش: يريد

ذلك، واختلف هل يقبل فيه الجرح من وجه الإسفاه؛ فمنعه أصبغ وأجازه سحنون وقال: يمكن الخصم من تجريح الرجل البين الفضل والمبرز ولم يفرق بين جرحه بالإسفاه وغيرها. واختلف بعد القول بقبول تجريحه ويقبل ذلك على أربعة أقوال: أحدها لسحنون، والثاني لابن الماجشون، والثالث لابن عبد الحكم، والرابع لمطرف. قال: يجرح الشاهد بمن هو مثله وفوقه ودونه بالإسفاه والعداوة. اللخمي: وهذا أحسن لأن الجرح مما يكتمه الإنسان في نفسه فيطلع عليه بعض الناس وهي بشهادة وعلم عنده يؤديه مثل سائر الشهادات. والاستحسان إذا كان الشاهد ليس بالمبرز قبل جرحه من عدل من غير مراعاة هل هو مثله أو دونه، وإن كان مبرزاً قبل من مبرز كان أيضاً مثله أو دونه، وليسأل المجرح بماذا يجرحه؛ فإن ذكر وجهاً لا يمكن أن يخفى مثله على الناس ولا يشبه أن ينفرد ذلك بمعرفته لم يقبل ذلك منه، وإن كان مما يخفى مثله قبل من تجرحه وجاز ذلك **(وزوال العداوة والفسق بما يغلب على الظن بلا حد)** ابن عرفة: جرحة الفسق تزول بالتوبة الشرعية وهي مستوفاة في علم الكلام الذي هو أصل الفقه. المازري: لا تقبل شهادته بمجرد قوله ثبت إنما تقبل بدلالة حاله والقرائن على صدقه مع اتصافه بصفات العدالة، ولا توقيت في ذلك ووقته بعض العلماء والتحقيق ما قلناه. قال ابن الحاجب: وزوال العداوة كالفسق. قال ابن عرفة: لا أعرف هذا لغيره. راجعه فيه **(ومن امتنعت له لم يزك شاهده ويجرح شاهداً عليه ومن امتنعت عليه فالعكس)** ابن الحاجب: ومن امتنعت له امتنعت في تزكية من شهد له وتجريح من شهد عليه، ومن امتنعت عليه امتنعت في العكس. ابن عرفة: أقل من شطر عدد كلماته التزكية في شيء به كشهادته به والتجريح فيه كشهادة بنقيضه علة الجميع جر نفع أو دفع ضر **(إلا الصبيان)** قال المقري: كل من ليس بحر مسلم مكلف عدل مستعمل لمروءة مثله لا تقبل شهادته إلا بعض ذكور صبيان المسلمين الأحرار على بعض في الدماء. ابن عرفة: شهادة الصبيان الذكور في جراحهم المذهب صحتها وشرط القاضي أن يكونوا ممن يعقل الشهادة. ابن عرفة: لقولها تجوز وصية ابن عشر سنين أو أقل مما يقاربها **(لا نساء في كعرس)** اللخمي: في إلحاق النساء بالصبيان فيما يقع بينهن من الجراح في المآتم والعرس والحمام، نقل الجلاب في ذلك قولين: ولو لم تكونا عدلتين لأنه موضع لا يحضره العدول وأرى أن يقسم معهما في القتل. ابن عرفة: ظاهر الجلاب أن المذهب سقوطها **(في جرح أو قتل)** ابن سحنون: قلت لسحنون: لم أجزت شهادة الصبيان بينهم في الجراح ولم تجزها في الحقوق والأموال؟ قال: للضرورة لأن الحقوق يحضرها الكبار. قلت: فيلزمك أن تجيزها في غصب بعضهم بعضاً. قال: هذا موضع اتباع الماضين ولا وجه للقياس فيما هو سنة أو كالسنة **(والشاهد حر)** ابن رشد: أما الصبيان للمماليك ولا أحفظ في المذهب خلافاً أن شهادتهم لا

مُمَيِّزٌ، ذَكَرٌ تَعَدَّدَ، لَيْسَ بِعَدُوٍّ، وَلاَ قَرِيبٍ، وَلاَ خِلاَفَ بَيْنَهُمْ، وَفُرْقَةٌ إِلاَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهِمْ قَبْلَهَا، وَلَمْ يَحْضُرْ كَبِيرٌ، أَوْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ، أَوْ لَهُ، وَلاَ يَقْدَحُ رُجُوعُهُمْ، وَلاَ تَجْرِيحُهُمْ،

محكوماً بإسلامه كما قاله في الشامل وغيره. ص: **(ولم يحضر كبير)** ش: أطلق رحمه الله في الكبير، فظاهره سواء كان الكبير ممن تجوز شهادته أو ممن لا تجوز شهادته. فيفهم منه أن علة عدم قبول شهادة الصبيان مع حضور الكبير إنما هو لأجل خوف التخبيب وذلك أنه إذا حضر بينهم كبير تجوز شهادته فشهادتهم ساقطة على المشهور خلافاً لسحنون. قال ابن الحاجب: ولا تقبل شهادتهم مع حضور كبير رجل أو امرأة. قال في التوضيح: لم يخالف في ذلك إلا سحنون في أحد قوليه انتهى. واختلف في علة سقوط شهادتهم، هل هو خوف التخبيب أو للاستغناء بشهادة الكبير. ثم قال ابن الحاجب: فإن كان فاسقاً أو عبداً أو كافراً فقولان. قال في التوضيح: أي الكبير الحاضر إن كان ممن لا تجوز شهادته كالكافر والفاسق والعبد فقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا يضر حضورهم بشهادة الصبيان. المازري: ولا خلاف منصوص فيه عندنا. وقاله سحنون في كتاب ابنه ثم توقف. فالقول بعدم الإجازة على هذا

تجوز وكذا صبيان أهل الذمة **(مميز)** تقدم شرط القاضي هذا قبل قوله «لا نساء» **(ذكر تعدد)** من المدونة قال مالك: لا تجوز إلا شهادة اثنين منهم فأكثر، ولا تجوز شهادة واحد. ولا تجوز أيضاً شهادة الإناث من الصبيان وإن كثرن **(ليس بعدو ولا قريب)** ابن القاسم: لا تجوز لقريب ولا لعدو منهم إذا ثبتت العداوة. محمد: ولم يختلف أنه لا ينظر إلى عدالة ولا إلى جرحة فيهم **(ولا خلاف بينهم)** ابن الماجشون: لو شهد صبيان أن صبياً قتل صبياً وشهد آخر أن ليس منهما القاتل وأن دابة أصابته جباراً قال: تمضي شهادة الصبيين على القتل. وقال بعض فقهاء القرويين: هذا اختلاف يوجب سقوط شهادتهم. انتهى نص ابن يونس.

وانظر قوله «قال بعض فقهاء القرويين» وقد قال في التلقين ما نصه: وأما شهادة الصبيان في الجراح والقتل فتقبل على شروط تسعة منها: أن تكون شهادتهم متفقة غير مختلفة، ومنها أن يكون ذلك بينهم خاصة لا لكبير على صغير ولا لصغير على كبير وفرقة. قال مالك: تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجراح ما لم يفترقوا أو يخببوا. محمد: أو يدخل بينهم كبير. الباجي: التخبيب أن يدخل بينهم كبير على وجه يمكنه أن يلقنهم. ابن فتوح: معنى يخبب أي يعلموا **(إلا أن يشهد عليهم قبلها)** ابن المواز: إذا قيدت شهادة الصبيان قبل تفرقهم بالعدول لم يبطلها رجوعهم إلا أن يتراخى الحكم حتى يكبروا ويعدلوا فيؤخذوا برجوعهم إذا أيقنوا أنهم شهدوا بالباطل، وقال نحوه سحنون **(ولم يحضر كبير أو يشهد عليه أو له)** تقدم نص التلقين بهذا فانظره مع ما يتقرر لابن يونس. قال ما نصه ابن المواز: إذا دخل بينهم كبير رجل أو امرأة شاهد أو مشهود له أو عليه لم تجز شهادة الصغار لأن الكبير يعلمهم إلا كبير مقتول لم يبق حتى يعلمهم **(ولا يقدح رجوعهم)** قد تقدم قول ابن المواز «لم يبطلها رجوعهم» **(ولا تجريحهم)** تقدم نص محمد «لم يختلف أنه لا ينظر إلى عدالة

....

ليس بمنصوص إلا أنه لازم على التعليل بالتخبيب بل التخبيب في حق هؤلاء أشد، والأول مبني على التعليل بارتفاع الضرورة بشهادة الكبير انتهى. وتبعه على هذا في الشامل فقال: ولا يضر رجوعهم بخلاف دخول كبير بينهم خلافاً لسحنون إلا إن كان كافراً أو عبداً أو فاسقاً على المنصوص انتهى. فتبع صاحب الشامل المازري في أن القول بسقوط شهادتهم غير منصوص. وجعل الرجراجي القول الثاني منصوصاً ونصه: إذا حضر كبير فإن كان شاهداً عدلاً فلا خلاف أن شهادة الصبيان ساقطة لوجود الكبير العدل، وإن كان ليس بعدل فالمذهب على قولين: أحدهما أن شهادتهم جائزة وهو قول ابن الماجشون وأصبغ وروى ابن سحنون عن أبيه مثله. والثاني إن شهادتهم لا تجوز لحضور الكبير وإن كان ليس بعدل وهو قول ابن سحنون في كتاب أبيه. وإن كان مشهوداً عليه فلا تجوز شهادتهم عليه باتفاق وكذا شهادتهم في الجراح أو في النفس إن كان عاش حتى يعرف ما هو فيه، وإن مات من ساعته جازت شهادتهم له انتهى. وصرح ابن يونس بالقول الثاني، ونصه بعد أن حكى قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ: وهذا خلاف ما في كتاب ابن المواز لأنه قال فيه: إنما يتقى من الكبير أن يعلمهم أو يخببهم فلا تراعى في ذلك الجرحة انتهى. ونقله أبو الحسن وزاد فقال: حاصله قولان. فنظر مطرف ومن معه للضرورة وإذا كان الكبير غير عدل لم ترتفع الضرورة. وانظر ابن المواز للتخبيب والتعليم وهو من غير العدل أكثر انتهى.

تنبيه: قال في المدونة: وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجرح ما لم يفترقوا أو يخببوا. قال الرجراجي: والتخبيب تعليم الخبث وهو أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الكذب ويصدونهم عما يحصل عندهم من يقين أو يزينوا لهم الزيادة فيها والنقصان منها، فإذا كان ذلك لم تقبل وبطلت انتهى. وقال ابن عرفة: شرط ابن الحاجب في شهادتهم كونها قبل تفرقهم. ابن عبد السلام: هذا مراد الفقهاء بقولهم ما لم يخببوا فإن افتراقهم مظنة مخالطتهم من يلقنهم ما يبطل شهادتهم.

قلت: مقتضى قولها تجوز شهادة الصبيان ما لم يفترقوا أو يخببوا مع اختصارها. أبو سعيد: كذلك أنهما غير مترادفين، وكذا لفظ اللخمي قبل تفرقهم وتخببهم. ثم قال الباجي: التخبيب أن يدخل بينهم كبير على وجه يمكنه أن يلقنهم انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: أو يدخل بينهم كبير. قال أبو عمران: هذا تفسير لقول مالك أو يخببوا. ومنهم من قال: قوله: «أو يدخل بينهم كبير بعد المعركة وقبل الافتراق وكان يتلقى منهم الشهادة» فقال: إنما هذا إذا دخل بينهم الكبير على الوجه التخبيب، وأما إذا كان على جهة سماع الشهادة فيجوز ويعرف ذلك بالقرائن مثل أن يكون هذا الداخل عدلاً لا يتهم والفاسق يتهم انتهى. وقال اللخمي: واختلف إذا خالطهم رجل، هل تسقط الشهادة لإمكان أن يكون خببهم ووقف

وَلِلزِّنَا وَاللِّوَاطِ أَرْبَعَةٌ بِوَقْتٍ، وَرُؤْيَا اتَّحَدَا، وَفُرِّقُوا فَقَط: أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا،

الشهادة أولى وإن كان عدلاً وقال لا أدري من رآه ثبتت شهادة الصبيان انتهى. إذا علم ذلك فالفرع الذي أشار إليه المصنف بقوله: «ولم يحضر كبير» وأشار إليه ابن الحاجب، غير الذي أشار إليه صاحب الرسالة بقوله: «ولم يدخل بينهم كبير» لأن المصنف أراد الحضور وقت الجراح أو القتل وكلام الشيخ ابن أبي زيد فيما إذا حضر بعد ذلك، والظاهر أنه حينئذ ينظر، فإن كان يمكن منه التخبيب سقطت شهادتهم، وإن كان عدلاً لم تسقط كما يفهم ذلك من كلام اللخمي أيضاً والله أعلم. ص: **(وللزنا واللواط أربعة) ش:** أي على فعل الزنا واللواط وأما على الإقرار به فلا يحتاج إلى الشهادة به على القول الذي مشى عليه المؤلف أن المقر بالزنا يقبل رجوعه عن الإقرار ولم لم يأت بشبهة، وهو قول ابن القاسم لأن إنكاره كتكذيب نفسه. قاله في التوضيح في باب الشهادات وفي باب الزنا والله أعلم. ص: **(بوقت ورؤية اتحدا) ش:** يعني بالوقت المتحد أن يأتوا بشهادتهم في وقت واحد. قاله المؤلف في قول ابن الحاجب مجتمعين غير مفترقين. وما ذكره من اشتراط اتحاد الرؤية هو المشهور أنه لا تلفق الشهادة في الأفعال. قاله في التوضيح.

تنبيه: قال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم في الشهادة على الشهادة في الزنا لا تجوز حتى يشهد أربعة على أربعة في موضع واحد ويوم واحد وساعة واحدة في موقف واحد على صفة واحدة. ابن رشد: ليس من شرطها تسمية الموضع ولا اليوم ولا الساعة إنما شرطها عند ابن القاسم أن لا يختلف الأربعة في ذلك. فإن قالوا رأيناه معاً يزني بفلانة غائباً فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة تمت شهادتهم وإن قالوا لا نذكر اليوم ولا نحدّ الموضع، وإن قالوا في موضع كذا ويوم كذا أو ساعة كذا من يوم كذا كان أتم، وإن اختلفوا في الموضع أو الأيام فقال بعضهم كان ذلك في موضع كذا، وقال بعضهم بل كان في موضع كذا، أو قال بعضهم بل كان في يوم كذا، وقال بعضهم بل كان في يوم كذا، بطلت شهادتهم عند ابن القاسم، وجازت عند ابن الماجشون لأنهم اختلفوا فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم، ولم يلزم

ولا إلى جرحة في الصبيان» **(وللزنى واللواط أربعة)** ابن عرفة: شرط بينة الزنا كونها أربعة بنص التنزيل وحكم عمر. المازري: ولا خلاف فيه، وروى محمد: والشهادة في اللواط كالزنا. **(بوقت ورؤية اتحدا)** من المدونة: وجه الشهادة في الزنا أن يأتي الأربعة الشهداء في وقت واحد يشهدون على وطء واحد في موضع واحد بهذا تتم الشهادة **(وفرقوا فقط أنه أدخل فرجه في فرجها)** من المدونة: ينبغي للقاضي أن يكشف الشهود بالزنا عن شهادتهم كيف رأوه وكيف صنع، فإن رأى في شهادتهم ما يبطلها أبطلها. وفي المجموعة قال ابن القاسم: كل الشهود لا يفرقون ولا يسألون إن كانوا عدولاً إلا في الزنا فإنهم يفرقون ويسألون أنه أدخل فرجه في فرجها. مالك: لا تتم شهادتهم حتى يقولوا كالمرود في المكحلة في البكر والثيب. الغزالي: ونيط الزنا بهذا وهذا قط لا يتفق فهذا من أعظم الأدلة

وَلِكُلٍّ النَّظَرُ لِلعَوْرَةِ،

الحاكم أن يسألهم عنه انتهى. ومنه في الموازية إن قال أحدهم زنا بها منكبة، وقال بعضهم مستلقية بطلت الشهادة وحدوا للقذف انتهى. ومنه أيضاً: وسمع عيسى: إن شهد أربعة بزنا رجل بامرأة شهد اثنان بأنها طاوعته واثنان بأنه اغتصبها حد الأربعة. ص: **(ولكل النظر للعورة)** ش: ذكر ابن عرفة نص المدونة في هذه المسألة وذكر معارضتها بمسألة عدم إجازة النظر للفرج في اختلاف الزوجين في العيب، وذكر جواب ابن عبد السلام ورده ثم ذكر ثلاثة أجوبة ثم قال في آخر كلامه:

قلت: وهذا كله إن عجز الشهود عن منع الفاعلين من إتمام ما قصداه أو ابتدآه من الفعل، ولو قدرا على ذلك بفعل أو قول فلم يفعلا بطلت شهادتهم لعصيانهم بعدم تغيير هذا المنكر إلا أن يكون فعلهما بحيث لا يمنعه التغيير لسرعتهما انتهى. ونقله ابن غازي ولم يتعقبه وهو ببادىء الرأي ظاهر ولكن صرح ابن رشد في البيان في ثالث مسألة من سماع أصبغ بن الفرج من كتاب الحدود في السرقة بخلافه ونصه:

مسألة: قال ابن القاسم في الرجل يرى السارق يسرق متاعه فيأتي بشاهدين لينظرا إليه ويشهدا عليه بسرقته فينظران إليه ورب المتاع معهم قال: لو أراد أن يمنعه منه قال ليس عليه قطع ونحن نقول إنه قول مالك. قال أصبغ: أرى عليه القطع. قال محمد بن رشد: قول أصبغ أظهر لأنه أخذ المتاع مستتراً به لا يعلم أن أحداً يراه، لا رب المتاع ولا غيره، كمن زنا والشهود ينظرون إليه ولو شاؤا أن يمنعوه منعوه وهو لا يعلم أن الحد عليه واجب بشهادتهم، ووجه قول ابن القاسم وما حكاه أنه من قول مالك هو أنه رآه من ناحية المختلس لما أخذ المتاع من صاحبه وهو ينظر إليه، وليس بمنزلة المختلس على الحقيقة إذ لم يعلم هو بنظر صاحب المتاع

على طلب الشرع لستر الفواحش، فانظر إلى الحكمة في جرحهم في باب الفاحشة بإيجاب الرجم الذي هو أعظم العقوبات، ثم انظر إلى كشف ستر الله كيف أسبله على العصاة بتضييق الطريق في كشفه فنرجوا من الله أن لا نحرم هذا من هذا الكرم يوم تبلى السرائر **(ولكل النظر للعورة)** من المدونة: قيل: إن شهد أربعة على رجل بالزنا فقالوا: تعمدنا النظر إليهما لنثبت الشهادة قال: كيف يشهد الشهود إلا هكذا. وناقض هذا ابن هارون بعدم إجازته في اختلاف الزوجين في عيوب الفرج، وكذا إذا اختلفا في الإصابة وهي بكر أنها تصدق ولا ينظرها النساء. قال القرويون: ذلك مشكل. ابن عرفة: يرد هذا بثلاثة أوجه: الأول الحد حق لله وثبوت العيب حق لآدمي وحق الله آكد لقولها: من سرق وقطع يد رجل عمداً قطع للسرقة وسقط القصاص. الثاني ما لأجله نظر وهو الزنا محقق الوجود أو راجحة وثبوت العيب محتمل على السوية. الثالث المنظور إليه في الزنا مغيب الحشفة ولا يستلزم ذلك من الإحاطة بالنظر إلى الفرج ما يستلزمه النظر إلى العيب. وقال اللخمي: إن لم يكن

وَنُدِبَ سُؤَالُهُمْ، كَالسَّرِقَةِ مَا هِيَ؟ وَكَيْفَ أُخِذَتْ؟

إليه. انتهى بلفظ فتأمله. ص: (وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخذت) ش: قال في أول كتاب السرقة من المدونة: وينبغي للإمام إذا شهدت بينة عنده على رجل أنه سرق ما يقطع في مثله أن يسألهم عن السرقة ما هي وكيف أخذت ومن أين أخذها وإلى أين أخرجها، كما يكشفهم عن الشهادة على رجل بالزنا. فإن كان في ذلك ما يدرأ به الحد درأه انتهى. قال أبو الحسن: قوله: «ما هي» هذا سؤال عن جنسها لأن السؤال بـ«ما» إنما يكون عن الحقيقة والماهية. وقوله: «كيف هي» أي كيف صفة أخذها. وقوله: «من أين أخذها» هل من حرز أم لا. «وإلى أين أخرجها» هل أخرجها من الحرز أو أخذ قبل أن يخرجها. ثم قال: وقوله: «ينبغي» معناه والله أعلم يجب لأنه قد يكون في شهادتهم ما يسقط الحد فيؤدّي ذلك إلى أن يقطع عضواً شريفاً لقوله عليه السلام: «ادرؤا الحدود بالشبهات»[1] انتهى. وقال في أول كتاب الزنا من المدونة: وينبغي إذا شهدت بينة عنده على رجل بالزنا أن يكشفهم عن شهادتهم وكيف رأوه وكيف صنع، فإن رأى في شهادتهم ما تبطل به الشهادة أبطلها انتهى. قال أبو الحسن: انظر قوله: «ينبغي» هل معناه يجب أو هو على بابه الأقرب الوجوب كما قال في السرقة، أو يفرق بين البابين وأن السرقة اختلف في نصابها اختلافاً كثيراً وفي الزنا لم يختلف إلا أن يقال في الزنا أيضاً شديد لأنه قيل: زنا العين النظر واليدان تزنيان إلى غير ذلك، فيجب الكشف عن هذا لئلا يظن الشاهد أن ذلك زنا انتهى. فحاصل كلامه في الموضعين أنه يميل إلى أن ينبغي للوجوب وهو الظاهر فتأمله.

هذا الزاني معروفاً بالفساد ففي تعمد النظر إليهما نظر، يصح أن يقال لا يكشفون ولا تتحقق عليهم الشهادة لأن الشهود لو تبين لهم ذلك استحب لهم أن لا يبلغوا الشهادة ويصح أن يقال ليتعمد النظر خوف أن يحدوا قاذفه ولكن الستر أولى لأن مراعاة قذفه نادر. ابن عرفة: ولقولها من قذف وهو يعلم أنه قد زنى حلال له القيام بحد من قذفه. ابن عرفة: وهذا كله إن عجز الشهود عن منع الفاعلين إتمام ما ابتدآه من الفعل، ولو قدروا على ذلك بفعل أو قول فلم يفعلوا بطلت شهادتهم لعصيانهم بعدم تغيير هذا المنكر. (وندب سؤالهم) من المدونة قال مالك في الشهود في الزنا: ينبغي للإمام أن يسألهم عن شهادتهم. قال ابن القاسم: كيف رأوه وكيف صنع، فإن كان في ذلك ما يدرأ به الحد درأه. محمد: فإن غابوا قبل أن يسألهم عن شهادتهم. قال ابن القاسم غيبة بعيدة أو ماتوا أقام الحد بشهادتهم (كالسرقة ما هي وكيف أخذت) ابن الحاجب: ينبغي للحاكم أن يسأل الشهود بالسرقة ما

---

(١) رواه ابن ماجة في كتاب الحدود باب ٥، بلفظ «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً» رواه أبو داود في كتاب الصلاة باب ١١٤. الترمذي في كتاب الحدود باب ٢ بلفظ «ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم».

وَلِمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلاَ آيِلٍ لَهُ: كَعِتْقٍ، وَرَجْعَةٍ، وَكِتَابَةٍ: عَدْلاَنِ، وَإِلاَّ فَعَدْلٌ، وَآمْرَأَتَانِ،

تفريع: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: «وينبغي للحاكم أن يسألهم في السرقة إلى آخره». قال ابن المواز: فإن غابوا قبل أن يسألهم غيبة بعيدة أو ماتوا أنفذت الشهادة وأقيم الحد. قال: وإن كان الشهود أكثر من أربعة فغاب منهم أربعة بعد أن شهدوا لم يسأل من حضر وثبت الحد، لأن من حضر لو رجعوا عن شهادتهم لثبت الحد بمن غاب. ورأى بعض الشيوخ أن غيبة أربعة لا يمنع سؤال من حضر لاحتمال أن يذكر الحاضرون ما يوجب التوقيف عن شهادة الغائبين والحاضرين جميعاً. وقيد اللخمي قول محمد إذا غابوا بما إذا كانوا من أهل العلم بما يوجب الحد. انتهى. ص: **(ولما ليس بمال ولا آيل إليه)** ش: يريد وليس بزنا ولا مما يختص به النساء. واكتفى الشيخ عن ذكر الزنا بما تقدم، وعن ذكر ما يختص بالنساء بما سيذكره، ومما لا يكفي فيه الشاهد واليمين إسقاط الحضانة، نقله ابن ناجي في شرح قول الرسالة. ومن حبس داراً قال: ومن ذلك الوصية لغير معين. قال: وكذلك الأدب بالشاهد واليمين. ذكره ابن رشد. ومن ذلك الطلاق والخلع كما صرح به ابن فرحون في تبصرته. وقال الشيخ زروق في شرح الرسالة: اختلف في إلحاق ما هو آيل إلى المال بالمال والمشهور الإلحاق ثم قال: وعلى المشهور فالخلع آيل إلى المال وفيه خلاف. انتهى.

قلت: إن أراد أن المرأة إذا ادّعت على زوجها أنه خالعها على شيء من مالها فهذا من دعوى الطلاق ولا يثبت إلا بشاهدين، وإن أراد أن الرجل ادّعى على الزوجة أنها خالعته على شيء من مالها فهذه دعوى بمال لأن الطلاق إنما لزمه بإقراره ويثبت المال بشاهد ويمين كما قاله في المدونة في كتاب إرخاء الستور ونصه: وإن صالحته على شيء هو فيما بينهما فلما أتى بالبينة لتشهد جحدت المرأة أن تكون أعطته على ذلك شيئاً، فالخلع ثابت ولا يلزمها غير اليمين، فإن نكلت حلف هو واستحق، وإن أتى بالزوج بشاهد على ما يدعي حلف معه واستحق. انتهى. ص: **(وإلا فعدل وامرأتان)** ش: تصوره واضح.

هي وكيف أخذها ومن أين وإلى أين **(وما ليس بمال ولا آيل له كعتق وكتابة ورجعة عدلان)** ابن شاس: الشهادات في العدد على ثلاثة مراتب: أعلاها بينة الزنا عددها أربعة، الثانية ما عدا الزنا مما ليس بما ولا يؤل إلى مال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص وثبوته في النفس والإطراف فيها على خلاف فيها وثبوت النسب والموت والكتابة والتدبير وشبه ذلك، شرط ذلك كله العدل والذكورية، وإنما تثبت بشهادة رجلين ولا تثبت برجل وامرأتين. انظر في الرسالة عند قوله «ومائة امرأة كامرأتين» قال شارحها: انظر لو حصل العلم للحاكم بشهادة جماعة النسوة قال اللخمي: يخرج هذا على باب الشهادة ويكتفي بهن. وقاله ابن رشد في الأجوبة **(وإلا فعدل وامرأتان)** ابن شاس: المرتبة الثالثة الأموال وحقوقها كالأجل والخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا المال فيثبت برجل وامرأتين،

أَوْ أَحَدُهُمَا بِيَمِينٍ: كَأَجَلٍ، وَخِيَارٍ، وَشُفْعَةٍ، وَإِجَارَةٍ، وَجَرْحِ خَطَإٍ، أَوْ مَالٍ، وَأَدَاءِ كِتَابَةٍ، وَإِيصَاءٍ بِتَصَرُّفٍ فِيهِ،

فرع: قال ابن رشد في نوازله: المشهور المعلوم من مذهب مالك رضي الله عنه وأصحابه أن شهادة النساء في الأحباس عاملة، لأن الأحباس من الأموال. ولا اختلاف أن شهادة النساء في الأموال جائزة، وإنما اختلف فيما جر إلى الأموال كالوكالة. وإنما يتخرج أن شهادتهن غير عاملة في ذلك على مذهب ابن الماجشون وسحنون في أن شهادة النساء لا تجوز إلا حيث يجوز اليمين مع الشاهد إذا قلنا إن الحبس لا يستحق باليمين مع الشاهد وفي ذلك بين أهل العلم اختلاف انتهى. وقد عد ابن فرحون فيما يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين الحبس.
ص: **(وإيصاء بتصرف فيه)** ش: ظاهر كلام الشيخ أن هذا مما يقبل فيه شاهد ويمين وامرأتان ويمين وشاهد وامرأتان، ولكن الشارح بهرام والبساطي لم يذكرا الخلاف فيه، إلا في الشاهد والمرأتين، ومثل الإيصاء بالتصرف في المال الشهادة بالوكالة عليه كذا جمعهما ابن الحاجب، واعلم أن ابن عبد السلام رحمه الله لما ذكر مراتب الشهادة قال ما نصه: الثالثة الأموال وما

وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة حتى النجم الأخير وإن ترتب عليه العتق. وقال ابن عرفة: ما متعلقه مال أو آئل إليه تتم فيه الشهادة برجل وامرأتين. ابن الحاجب: ومن ذلك الوكالة بالمال أو الوصية به على المشهور **(أو أحدهما بيمين)** ابن الماجشون: ما جاز فيه الشاهد واليمين جاز فيه شاهد وامرأتان مع اليمين. ومن المدونة: يحلف الطالب مع شهادة امرأتين في الأموال ويقضى به له **(كأجل وخيار وشفعة وإجارة)** تقدم نص ابن شاس بهذا **(وجرح خطأ أو مال)** انظر هذا التخصيص وهو قد قال بعد هذا «أو قصاص في جرح». من المدونة قال مالك: تجوز شهادة النساء في جراح الخطأ وقتل الخطأ لأن ذلك مال، وإن شهد مع رجل على منقلة عمداً أو مأمومة عمداً جازت شهادتهن لأن العمد والخطأ فيهما إنما هو مال. مطرف: قول مالك «يجوز الشاهد واليمين في الحقوق والجراح عمدها وخطئها وفي المشاتمة عدا الحدود والفرية والسرقة والشرب والعتاق والطلاق» قيل لابن القاسم: لم قال مالك في جرح العمد يحلف مع الشاهد وليست بمال؟ قال: قد كلمت مالكاً في ذلك فقال: إنه شيء استحسناه وما سمعت فيه شيئاً **(وأداء كتابة)** قال مالك في غير ما كتاب: تجوز شهادة النساء فيما يؤدي إلى طلاق وعتق ونقض عتق وحدهنّ مثل أن يشهدن على شراء الزوج لزوجته فيحلف وتصير ملكاً له فيجب بذلك الفراق أو على أداء كتابة مكاتب فيحلف ويتم عتقه. قال عبد الملك: أو يشهدن بعد عتقه أن سيده كان باعه من فلان فيحلف ويرد عتقه. قال مالك: وكدين متقدم يثبت بشهادتهن مع يمين الطالب على مديان أعتق عبده فيحلف ويرد العتق. قال مالك: أو يقيم القاذف شاهداً أو امرأتين أن المقذوف عبد فيزول الحد **(وإيصاء بتصرف فيه)** ابن المواز: تجوز شهادة النساء في الوصية مع يمين الموصى له ما لم يكن فيها عتق. ومن المدونة قال ابن القاسم: إذا شهد النساء لرجل أن فلاناً أوصى له بكذا جازت شهادتهن بذلك مع يمينه كما لو شهد بذلك رجل واحد. ابن شاس:

أَوْ بِأَنَّهُ حُكِمَ بِهِ: كَشِرَاءِ زَوْجَتِهِ، وَتَقَدُّمِ دَيْنٍ عِتْقاً،

يؤل إليها كالأجل والخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وما يتنزل منزلته مطلقاً وجراح المال مطلقاً وفسخ العقود ونجوم الكتابة، وإن عتق بها فيجوز لرجل وامرأتين، وكذلك الوكالة بالمال والوصية به على المشهور اهـ. قال في التوضيح: قوله: «وكذلك الوكالة بالمال» أي وكله في حياته ليتصرف له. و«الوصية به» أي أوصاه بأنه يتصرف في أمواله بعد وفاته انتهى. ولم يذكر المؤلف ولا ابن عبد السلام أن الشاهد واليمين يجوزان على الوكالة والوصية وإنما تكلما فيما تكلم عليه ابن الحاجب. ثم إن ابن عرفة لما تكلم على هذه المسألة ذكر هذا الخلاف في الشاهد والمرأتين، ولما تكلم في فصل الشاهد واليمين ذكر عن ابن رشد في أثناء كلامهما أنه قال: لا خلاف أنه لا يجوز الشاهد واليمين في الشهادة على الوكالة. ثم لما فرغ من الكلام على مسألته قال: وقول ابن رشد لا خلاف أنه لا يجوز شاهد ويمين في الشهادة على الوكالة خلاف نقل اللخمي والمازري. قال اللخمي: اختلف إذا شهد على وكالة من غائب هل يحلف الوكيل والمشهور أنه لا يحلف وهو أحسن إن كانت الوكالة بحق لغائب فقط، وإن كانت مما يتعلق بها حق للوكيل لأن له على الغائب ديناً أو ليكون ذلك المال بيده قراضاً أو تصدق به عليه حلف واستحق إن أقر الموكل عليه بالمال للغائب. وإن وكل على قضاء دين فقضاه بشاهد فجحده القابض حلف الوكيل وبرىء الغريم، فإن نكل حلف الطالب وغرم الوكيل إن كان موسراً، وإن كان معسراً حلف المطلوب وبرىء وكانت تباعة الطالب على الوكيل متى أيسر.

قلت: فظاهر لفظ اللخمي أن الخلاف في الشاهد واليمين في الوكالة. وقال المازري: معروف المذهب أن الشاهد واليمين لا يقضى به في الوكالة لكن منع القضاء بها ليس من ناحية تصور هذه الشهادة في القضاء بها في الوكالة، بل لأن اليمين مع الشاهد فيها متعذرة لأن اليمين لا يحلفها إلا من له فيها نفع والوكيل لا نفع له فيها. وإن كان وقع في المذهب أن الوكيل يحلف مع شاهده بالوكالة وقبض الحق فتأول الأشياخ هذه الرواية على أن المراد بها وكالة بأجرة يأخذها الوكيل أو يقبض المال لمنفعة له فيها انتهى. وقال في النوادر: ومن العتبية: قال سحنون: قال أشهب: لا يقضى بشاهد ويمين في وكالة في مال. قال ابن نافع عن مالك في المجموعة فيمن أقام شاهداً أنه أوصى إليه أنه لا يحلف معه ولا يثبت له ذلك إلا أن يراه الإمام أهلاً لذلك فيوليه بغير يمين. وقال في المدونة: قال سحنون: الوصايا والوكالة ليستا بمال

أجاز مالك وابن القاسم وابن وهب جواز إسناد الوصية التي ليس فيها إلا المال بالشاهد الواحد والمرأتين خلافاً لأشهب وابن الماجشون **(أو بأنه حكم له به)** انظر بنى هذا على قول مطرف أنه إذا شهد واحد على حكم قاض، فإن كان الحكم في مال حلف الطالب مع شاهده وثبت له القضاء، وقال ابن الماجشون: لا يجوز شاهد ويمين على حكم قاض وإن كان بمال، فانظر أنت في هذا **(كشراء زوجته)** تقدم قول مالك **«قد تجوز شهادة النساء»**. انظره قبل قوله **«وإيصاء»** **(وتقدم دين عتقاً**

وَقِصَاصٍ فِي جَرْحٍ، وَلِمَا لاَ يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ امْرَأَتَانِ، كَوِلاَدَةٍ وَعَيْبِ فَرْجٍ، وَاسْتِهْلاَلٍ وَحَيْضٍ، وَنِكَاحٍ بَعْدَ مَوْتٍ، أَوْ سَبْقِيَّتِهِ، أَوْ مَوْتٍ، وَلاَ زَوْجَةَ، وَلاَ مُدَبَّرَ وَنَحْوَهُ،

إذ لا يحلف وصي ولا وكيل مع شاهد رب المال إذ المال لغيرهما. انتهى ص: **(وقصاص في جرح)** ش: يعني أن القصاص في الجراح يثبت بالشاهد واليمين. قال في كتاب الديات من المدونة: من أقام شاهداً على جرح عمداً فليحلف ويقتص، فإن نكل قيل للجارح احلف وابرأ، فإن نكل حبس حتى يحلف. ثم قال: قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ فقال: كلمت مالكاً في ذلك فقال: إنه لشيء استحسناه وما سمعنا فيه شيئاً

وقصاص في جرح) مضمن هذا أن القصاص في الجرح يثبت بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين المجروح فانظر هذا مع ما يتقرر. ابن رشد: قال مالك في كتاب الأقضية من المدونة: يثبت القصاص بالشاهد مع اليمين في جراح العمد. وقال ابن القاسم في كتاب الشهادات من المدونة: لا يُثبت بذلك قصاص ورواه ابن الماجشون. والذي لابن يونس قال سحنون: اختلف قول ابن القاسم في شهادة النساء في القصاص فيما دون النفس وثبت على أنها لا تجوز ولا يعجبني. وأصلها أنها تجوز فيما يجوز فيه الشاهد واليمين. قيل لسحنون: فأنت تجيز الشاهد في قتل العمد مع القسامة ولا تجيز فيه المرأتين مع القسامة. قال: لا يشبهه هذه يمين واحدة والقسامة خمسون يميناً. انظر قبل هذا عند قوله «وفي القطع حلف المقطوع». انظر قد نصوا أن القصاص في الجراح بالشاهد واليمين من المواضع الأربعة التي قام مالك فيها برأيه ولم يسبق إليه. الثاني في كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل، الثالث الشفعة في الثمار، الرابع الشفعة في الإنقاص **(ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيب في فرج واستهلال وحيض ونكاح بعد موت أو سبقية أو موت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه)** أما أن شهادة امرأتين كافية في الولادة وعيوب النساء والاستهلال والحيض فبين. وزاد ابن شاس الرضاع فقال: أما ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع فإنه إنما يشترط فيه العدد فحسب ويقوم النساء مقام الرجال فيثبت بامرأتين، وكذلك الاستهلال والحيض. ومن المدونة قال مالك: يجوز الاستهلال والولادة بشهادة امرأتين عدلتين. قال ابن القاسم: ويجوز في الرضاع وعيوب الفرج ومعرفة حيض وحس حمل ونحوه مما لا يطلع عليه غيرهن. قال مالك: وكل شيء تقبل فيه شهادة النساء وحدهن فلا يقبل فيه أقل من امرأتين، ولا تجوز شهادة امرأة واحدة في شيء من الشهادات. وأما شهادة امرأتين بنكاح بعد موت فليست بكافية، فهذا الفرع كان ينبغي ذكره عند قوله «وإلا فعدل وامرأتان». قال اللخمي: من الشهادات بما ليس بمال ويستحق به مال أن يشهد رجل وامرأتان بنكاح بعد موت الزوج أو الزوجة أو على ميت أن فلاناً أعتقه أو على نسب أن هذا ابن الميت أو أخوه، فالشهادة على قول ابن القاسم صحيحة. وأما شهادة امرأتين بسبقية موت أحد المتوارثين فقال ابن رشد: أما شهادة النساء في المرأة تلد ثم تهلك هي وولدها في ساعة على أيهما مات أولاً فجائزة اتفاقاً لأنها على ما لا يتعدى إلى غير المال، وأما شهادة امرأتين بموت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه فليست أيضاً كشهادتهن بالاستهلال. من المدونة قال ابن القاسم: إذا مات رجل فشهد على موته امرأتان

وَثَبَتَ الإِرْثُ وَالنَّسَبُ لَهُ، وَعَلَيْهِ بِلاَ يَمِينٍ، وَالْمَالُ دونَ الْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ: كَقَتْلِ عَبْدٍ آخر، وَحِيلَتْ أَمَةٌ مُطْلَقاً: كَغَيْرِهَا، إِنْ طَلَبَتْ بِعَدْلٍ، أَوْ اثْنَيْنِ يُزَكِّيَانِ،

انتهى. وقال في كتاب الشهادات: وكل جرح فيه قصاص يقتص فيه بشاهد ويمين وكل جرح لا قصاص فيه مما هو متلف كالجائفة والمأمومة وشبههما فالشاهد واليمين فيه جائز، لأن العمد والخطأ فيه إنما هو مال انتهى. قال ابن يونس: أي بشاهد ويمين الطالب لأن الجراحة لا قسامة

ورجل لم تكن له زوجة ولا أوصى بعتق عبد ولا له مدبر ولم يكن إلا ما لا يقسم، فشهادة امرأتين جائزة (**وثبت الإرث والنسب له وعليه بلا يمين**) لا شك أن هذا راجع لقوله «ولما لا يظهر للرجال امرأتان». وعبارة ابن الحاجب: ما لا يظهر للرجال كولادة يثبت بامرأتين ويثبت الميراث والنسب له وعليه بلا يمين. ابن عرفة: لم يتعرض ابن عبد السلام لشرح هذا، وقرره ابن هارون بقوله: مثل أن تشهد امرأتان بولادة أمة أقر السيد بوطئها وأنكر الولادة، فإن نسب الولادة لاحق به، وكذا موارثته إياه له وعليه. ابن عرفة: ومثل هذا هو قول المدونة إن ادعت الأمة أنها ولدت من سيدها فأنكر لم أحلفه لها إلا أن تقيم رجلين يشهدان على إقرار السيد بالوطء وامرأتين على الولادة فتصير أم ولد ويثبت نسب الولد، فإن أقامت شاهداً على إقراره بالوطء أو امرأة على الولادة أحلفه (**والمال دون القطع في سرقة**) هذا الفرع راجع لما يؤل للمال فيكفي فيه اليمين مع رجل وامرأتين. من المدونة قال مالك: من شهد عليه رجل واحد بالسرقة لم يقع ولكن يحلف المسروق منه المتاع مع شاهده ويستحق متاعه. قال مالك: وإن شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة ضمن المال ولم يقطع كما لا يقتل العبد القاتل بشاهد ويمين ولكن يكون جناية في رقبته (**كقتل عبد آخر**) هذا مثل الفرع قبله. قال مالك في المدونة: من أقام شاهداً أن عبد فلان قتل عبده عمداً أو خطأ فإنه يحلف معه يميناً واحداً ويستحق العبد، ولا يقتله إن كان عمداً ويخير سيده بعد أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده، فإن أسلمه لم يقتل لأنه لا يقتل بشهادة واحد ولا قسامة في العبد. سحنون: وكل ما جاز فيه شاهد ويمين جازت فيه شهادة النساء. انظر بعد هذا عند قوله «وإن قتل عبداً عمداً» (**وحيلت أمة مطلقاً كغيرهما إن طلبت بعدل أو اثنين يزكيان**) ابن الحاجب: لو أقام شاهداً فطولب بالتزكية أجيب إلى الحيلولة في المشهود به ولا يمنع من قبض أجرة العقار وتحال الأمة. وإن لم يطلب إلا أن يكون مأموناً عليها وما يفسد من طعام وغيره قالوا: يباع إن كان شاهداً ويستحلف ويخلى إن كان شاهداً. ابن عرفة: الحيلولة بإقامة المدعي شاهدين عدلين هو نقل غير واحد عن المذهب، وكذا قبل تعديلهما وهي قولها إن كان أقام شاهدين بإذن القاضي فنظر في تعديلهما أو خاف على المدعي فيه الفساد أمر أميناً فباعه وقبض ثمنه ووضعه على يد عدل، وفي الحيلولة بإقامة شاهد واحد عدل خلاف. ابن سهل: اختلف في العقلة بشاهد عدل واحد؛ ففي أحكام ابن زياد: يجب العقل بشاهد عدل واحد وهو في الدور بالإقفال لها، وفي الأرض بمنع حرثها. وعن ابن لبابة: لا تجب العقلة إلا بشاهدين. وقال سليمان: هو قول ابن القاسم في وثائق ابن العطار، لا تجب العقلة بشاهد واحد لكنه يمنع المطلوب أن يحدث في

فيها بذلك مضت السنة، وإنما القسامة في النفس فلما كانت النفس تقتل بشاهد واحد مع القسامة فلذلك اقتص بشاهد مع يمين المجروح. وقاله عمر بن عبد العزيز انتهى. وفي النوادر: قال ابن المواز: ويقضى بالقصاص في الجراح بالشاهد واليمين صغيرها وعظيمها في العمد والخطأ، ولا شك في الخطأ. وقال ابن عبد الحكم: لا أرى في ذلك في العمد إلا في اليسير من الجراح. ورُوي عن مالك أنه يقتص بذلك رواية مبهمة لم يذكر ما صغر أو كبر. ورُوي عن مالك أن ذلك فيما لا خوف فيه من موضحة ودامية وجراح الجسد، وأما اليد والعين وشبه ذلك فلا يقتص إلا بشاهدين وهذا قول عبد الملك. قال ابن عبد الحكم: وهذه الرواية من قوله أحب إليّ. قال محمد: وروى ابن القاسم وأشهب عنه أنه يقتص بذلك فيما عظم أو صغر منها من قطع اليد وغيرها يحلف يميناً واحدة ويقتص. قال ابن القاسم: فإن نكل حلف القاطع وبرىء فإن نكل حبس حتى يحلف وقيل يقطع انتهى.

فرع: قال في النوادر: قال مالك: وإن كان الشاهد غير عدل حلف المطلوب وليس كالقسامة وما قال أحد غير هذا إلا بعض من لا يؤخذ بقوله انتهى.

فرع: قال فيها أيضاً: فإذا تعلق به وقال أنت جرحتني فله عليه اليمين وإن كان من أهل التهم أدب. والذي في سماع أشهب عن مالك: إذا تنازعا ثم أتى أحدهما بأصبعه مجروحة تدمي يزعم أن صاحبه عضها قال: يحلف له وإن كان من أهل التهم أدب، قال في الكتابين: وقال ابن القاسم فيمن ادعى أن فلاناً جرحه فلا يستحلف في جرح ادعاه أو ضرب إلا أن يكون مشهوراً بذلك فيحلف، فإن نكل سجن حتى يحلف. وقال أصبغ: فإن طال حبسه ولم

العقار بناء أو بيعاً أو شبه ذلك بالعدل ولا يخرج عن يده. وقال ابن الحاجب: وتحال الأمة وإن لم تطلب إلا أن يكون مأموناً عليها. وقيل: تحال الرائعة مطلقاً. ابن عرفة: ظاهر ابن عبد السلام أنه حمل المسألة على أن الأمة ادعى مدع ملكها إلا أنها ادعت الحرية، وإنما هي في الموازية والعتبية في دعوى الحرية وهو ظاهر قول ابن الحاجب وإن لم يطلب. ولو كانت الدعوى لمن يدعي ملكها لم تجب الحيلولة إلا بطلبه. هذا تحقيق النقل وإن كان لا فرق في ذلك بين العتق وغيره. ولابن رشد: إن ادعت الجارية أو العبد الحرية فإن سببا لذلك سبباً من بينة كإشهاد العدول أو الشهود غير العدول وقف السيد عن الجارية وأمر بالكف عن وطئها إن كان مأموناً، وإن لم يكن مأموناً وضعت على يد امرأة. وإن لم يسبب له لذلك سبباً من بينة ولم يأتيا بسوى الدعوى، فإن ادعيا لذلك وجهاً يشبه ويعرف كادعائهما أنهما من أهل بلد عرف وإليه بالتعسف على أهل ذمة ذلك البلد وبيعه لهم أو ينسبا إلى قوم معروفين ويأتيا على ذلك بأمارة معروفة وكان موضع بينتهما قريباً، أخذ الإمام من ربهما حميلاً أن لا يخرج بهما ولا يفوتهما ويكتب له كتاباً إلى ذلك الموضع، وإن لم يكن لما ادعياه وجه يعرف والموضع بعيد لم يلزم ربها شيء، واختلف إن كان الموضع قريباً. راجع رسم سلف من سماع ابن القاسم في كتاب

وَبيعَ مَا يَفْسُدُ، وَوُقِفَ ثَمَنُهُ مَعَهُمَا، بِخِلاَفِ الْعَدْلِ فَيَحْلِف، وَيَبْقَى بِيَدِهِ.

يحلف عوقب وأطلق إلا أن يكون متمرداً فيخلد في السجن ثم ذكر مسائل تتعلق بالعبد إذا قام على جرحه شاهد واحد فراجعه إن أردته والله أعلم. ص: (**وبيع ما يفسد ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده**) ش: يعني أن من ادعى شيئاً مما يفسد بالتأخير كاللحم ورطب الفواكه وأقام شاهدين واحتيج إلى تزكيتهما، فإن ذلك الشيء يباع ويوقف ثمنه بخلاف ما إذا أقام عدلاً واحداً فإن المدعى عليه يحلف أن المدعي لا يستحق فيه شيئاً ويترك ذلك الشيء بيده. هكذا قال ابن الحاجب متبرئاً منه بقوله: «قاله» وقبله في التوضيح. وقال: تبرأ منه لأشكاله وذلك لأن الحكم كما يتوقف على الشاهد الثاني كذلك يتوقف على عدالة الشاهدين، فإما أن يباع ويوقف ثمنه فيهما أو يخلى بيده فيهما. وأجاب صاحب النكت بأن مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه فلما ترك ذلك اختياراً صار كأنه مكنه منه بخلاف من أقام شاهدين أو شاهداً ووقف ذلك القاضي لينظر في تعديلهم لا حجة عليه في ذلك لعدم قدرته على إثبات حقه بغير عدالتهم. وأشار المازري إلى فرق آخر وهو أن الشاهدين المجهولين أقوى من الواحد لأن الواحد يعلم الآن قطعاً أنه غير مستقل والشاهدان المجهولان إذا عدلا فإنما أفاد تعديلهما بعد الكشف عن وصف كان عليه حين الشهادة. ويحتمل أن يكون وجه الإشكال ما ذكره ابن عبد السلام مقتصراً عليه فإنه قال: إنما تبرأ منه لأنهم مكنوا من الطعام من هو بيده بعد قيام شاهد ولم يمكنوه منه إن قام عليه شاهدان، بل قالوا: يباع ويوقف ثمنه والشاهد أضعف. قال: قلت: ولأجل أن الشاهد أضعف من الشاهدين أبقى الطعام بيد المدعى عليه لأنه إذا ضعفت الدعوى لضعف الحجة ضعف بسبب ذلك أثرها فإبقاء الطعام بيده ليس هو لما توهم من تقديم الأضعف على الأقوى بل هو عين ترجيح الأقوى. فأجاب عن ذلك بأنه

الاستحقاق. (**وبيع ما يفسد ووقف ثمنه معهما**) من المدونة: إن كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم ورطب الفواكه وأقام الطالب شاهدين فأوقف القاضي ذلك الشيء ليكشف عنهما، فإن خاف فساداً باعه وأوقف ثمنه، فإن ضاع ثمنه قبل القضاء أو بعده كان ممن قضى له به (**بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده**) هذه عبارة ابن الحاجب من المدونة: إن كانت الدعوى فيما يفسد وقد أقام شاهداً على الحق وأبى أن يحلف وادعى بينة قريبة أجله القاضي بإحضار شاهد ثان ما لم يخف فساد ذلك الشيء. عياض: قوله «وأبى أن يحلف» إن أراد لا أحلف معه الآن لأني أرجو شاهداً آخر بيع حينئذ ووقف ثمنه إن خشي فساده وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما ابن عرفة: وحاصل كلام ابن عبد السلام أن المذهب عنده ما قاله ابن الحاجب أن ما يفسد يباع إن كان شاهدان، ويحلف ويخلى إن كان شاهد. ومن تأمل كلام عياض وأبي حفص ابن العطار مراعياً أصول المذهب علم أن ما فهمه ابن عبد السلام عن المذهب غير صحيح، وموجب كلامه عدم وقوفه على كلام عياض والله أعلم بمن اهتدى. راجع ابن عرفة إذ هذا النقل ليس بكاف وما القصد به إلا التنشيط

....

لو كان صحيحاً للزم مثله فيما لا يخشى فساده أن يحلف من هو بيده ويترك له يفعل فيه ما أحب. قال: ويجاب عن أهل المذهب بأن ما يخشى فساده قد تعذر القضاء بعينه للمدعي لما يخشى عليه من الفساد قبل ثبوت الدعوى فلم يبق إلا النزاع في ثمنه، فهو كدين على من هو بيده فمكن منه بعد أن يحلف ليسقط حق المنازع في تعجيله له، ولا يلزم مثل ذلك فيما قام عليه شاهدان لأن حق المدعى فيه أقوى من حق المدعى عليه. انتهى كلام التوضيح.

قلت: وأصل المسألة في كتاب الشهادات من المدونة قال فيها: وإن كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم ورطب الفواكه وقد أقام لطخاً أو شاهداً على الحق وأبى أن يحلف وادعى بينة قريبة على الحق أجله القاضي بإحضار شاهدين أو شاهد إن أتى بشاهد قبله ولم يحلف ما لم يخف فساد ذلك الشيء؛ فإن جاء بما ينتفع به وإلا أسلم ذلك الشيء إلى المطلوب ونهى المدعي عن التعرض له. وإن كان الطالب قد أقام شاهدين فأوقف القاضي ذلك الشيء إلى الكشف عنهما، فإن خاف على فساده باعه وأوقف ثمنه، فإن زكيت بينة المدعي وهو مبتاع أخذه وأدى الثمن الذي قالت بينته كان أقل من ذلك أو أكثر، ويقال للبائع إذا كان يأخذ أكثر من الثمن الموقوف أنت أعلم بالتحرج عن الزيادة، وإن لم يزكوا أخذ المدعى عليه الثمن الموقوف لأنه عليه بيع نظراً، ولو ضاع الثمن قبل القضاء أو بعده كان لمن قضى له به انتهى. قال في النكت: إذا أقام شاهدين وأوقف القاضي الشيء المدعى فيه لينظر في تعديلهما فخاف فساده أو أقام شاهداً واحداً فكان الحاكم ينظر في تعديله. الجواب: سواء يباع ذلك الشيء بخلاف إذا أقام شاهداً عدلاً وأبى أن يحلف معه وقال آتي بآخر فخاف الحكم فساد ذلك الشيء هاهنا يسلمه إلى المطلوب، يريد لأن هذا قادر على إثبات حقه بيمينه مع شاهده الذي ثبت له فترك ذلك اختياراً منه، والذي ينظر في تعديل شاهديه أو شاهده الذي أقامه لا حجة عليه انتهى. فهو موافق لما قاله ابن الحاجب إلا أنه لم يذكر استحلاف المطلوب. وكذلك قال اللخمي ونصه: ومن ادعى مالاً يبقى ويسرع إليه الفساد كاللحم ورطب الفواكه وأتى بلطخ أو بينة لا يعرفها القاضي، فقال الجاحد ـ وهو البائع ـ أو المدعي ـ وهو المشتري ـ نخاف فساده أو لم يقولاه؛ فإن أثبت لطخاً وقال لي بينة حاضرة أو أقام شاهداً وقال عندي شاهد آخر ولا أحلف، فإن لم يحضر ما ينتفع به وخشي عليه الفساد خلى بين البائع وبين متاعه. وأما الشاهدان فينظر في عدالتهما، فإن خشي الفساد بيع وأوقف الثمن انتهى. فلم يذكر استحلاف المطلوب أيضاً.

وقال في التنبيهات: قوله في توقيف ما يسرع إليه الفساد إذا قال المدعي عندي شاهد واحد ولا أحلف معه أنه يؤجله ما لم يخف عليه الفساد وإلا خلى بين المدعى عليه وبين متاعه معنى قوله: «لا أحلف معه» أي ألبتة ولو أراد أن لا يحلف معه الآن لأني أرجو شاهداً آخر فإن

وجدته وإلا حلفت مع شاهدي بيع حينئذ ووقف ثمنه إن خشي عليه الفساد، وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما فقد جعله يبيعه هنا ونحن على شك من تعديلهما وهو إن لم يعدلهما بطل الحق وشاهد واحد في الأول ثابت بكل حال والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر ويثبت الحق انتهى. ونقل ابن عرفة كلام المدونة وكلام التنبيهات ثم قال بعد: فحاصلها إن لم يقم المدعى إلا لطخاً قاصراً عن شاهد عدل وعن شاهدين يمكن تعديلهما وقف المدعى فيه ما لم يخش فساده، فإن خشي فساده خلى بينه وبين المدعى عليه. وكذا إن أقام شاهداً عدلاً وقال لا أحلف معه بوجه، وإن قال أحلف معه أو أتى بشاهدين ينظر في تعديلهما بيع ووقف ثمنه حسبما ذكره في الأم. ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار وزاد: إن كان أتى الطالب بشاهد واحد وإن لم يزكه وهو قابل للتزكية فهو كقيام شاهدين ينظر في تزكيتهما يباع المدعى فيه لخوف فساده. ونقل أبو إبراهيم قول عياض ولم يتعقبه. انتهى كلام ابن عرفة وليس فيه ولا في كلام التنبيهات استحلاف المطلوب. لكن في كلام الشيخ أبي الحسن الصغير ما يقتضي ذلك فإنه قال في شرح قوله في المدونة: «والأسلم ذلك الشيء إلى المطلوب» ظاهره من غير يمين. الشيخ: وهذا لا يصح فمعناه بيمين انظره انتهى. وقال في كتاب الأقضية من النوادر: وإذا كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم والفاكهة الطرية وأقام لطخاً أو قام له شاهد فإنه يوقف إلى مجيء شاهده الآخر أو يمينه إلى مثل ما لا يخشى فيه فساد الذي فيه الدعوى، فإن خاف فساده أحلف المدعى عليه وترك له ما أوقف عليه انتهى.

وفي كلام التنبيهات الذي ذكرناه وقبله ابن عرفة تقييد عدم بيع المدعى فيه مع قيام الشاهد العدل بما إذا قال المدعي لا أحلف معه ألبتة، وأما إذا قال لا أحلف الآن لأني أرجو شاهداً آخر فإن وجدته وإلا حلفت مع شاهدي أنه يباع ويكون بمنزلة الشاهدين. وكلام ابن عرفة يقتضي أن هذا هو المذهب فإنه قال في كلامه المتقدم: ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار. وقال بعد أن ذكر كلام ابن الحاجب وابن عبد السلام: حاصل كلامه يعني ابن عبد السلام أن المذهب عنده هو ما نقله ابن الحاجب وأشار إلى التبري منه ثم قال: ومن تأمل كلام عياض وأبي حفص ابن العطار مراعياً أصول المذهب علم منه أن ما فهمه الشيخ - يعني ابن عبد السلام - عن المذهب وفسر به كلام ابن الحاجب وما أشار إليه من التبري غير صحيح انتهى. ولا شك أن هذا التقييد الذي ذكره القاضي في التنبيهات يزول به الإشكال، فإنه ينبغي أن يقرر وجه التبري في كلام ابن الحاجب بأنه كيف قالوا إنه مع الشاهد الواحد العدل يمكن المدعى عليه من الشيء المدعى فيه ومع الشاهدين اللذين يريد أن يزكيا لا يمكن منه ويباع ويوقف ثمنه مع أن الحق مع الشاهد الواحد العدل أقرب إلى الثبوت لأنه يمكن إثباته، سواء وجد شاهداً ثانياً أو لم يجده، بخلاف الشاهدين اللذين يزكيان فإنه إن لم يجد

وَإِنْ سَأَلَ ذُو الْعَدْلِ أَوْ بَيِّنَةٍ سُمِعَتْ، وَإِنْ لَمْ تَقْطَعْ: وَضْعَ قِيمَةِ الْعَبْدِ لِيَذْهَبَ بِهِ إِلى بَلَدٍ يُشْهَدُ لَهُ عَلَى عَيْنِهِ: أُجِيبَ، لاَ إِنْ انْتَفَيَا، وَطَلَبَ إِيقَافَهُ لِيَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ، وَإِنْ بِكَيَوْمَيْنِ؛ إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ بَيِّنَةً حَاضِرَةً، أَوْ سَمَاعاً يَثْبُتُ بِهِ، فَيُوقَفُ وَيُوَكَّلُ بِهِ فِي: كَيَوْمٍ،

من يزكيهما لم يثبت الحق. فقيام الشاهد الواحد أقوى في إثبات الحق من الشاهدين اللذين يزكيان. فيجاب عن ذلك بأنه إنما يمكن المدعى عليه من المدعى فيه مع الشاهد الواحد العدل إذا قال المدعي لا أحلف معه ألبتة وإنما أطلب شاهداً ثانياً، فإن وجدته أثبت حقي وإن لم أجده لم أحلف، فحينئذ يمكن المدّعى عليه من المدّعى فيه إذا خيف عليه الفساد لأن الشاهد الواحد حينئذ أضعف من الشاهدين، لأن احتمال عدم ثبوت الحق معه حاصل والواحد أضعف من الاثنين. وأيضاً فإن المدّعي مختار لعدم إثبات حقه بامتناعه عن اليمين كما تقدّم عن النكت. وأما إذا قال المدّعي أنا لا أحلف الآن لأني أرجو شاهداً ثانياً فإن وجدته وإلا حلفت، فهذا يباع ذلك الشيء ويوقف ثمنه لأن الشاهد الواحد حينئذ أقوى من الشاهدين.

فإن قيل: لم لم يفصلوا فيما لا يخشى فساده في قيام الشاهد الواحد العدل بل قالوا إنه يحال بين المدعى عليه والشيء المدّعى فيه مع قيام الشاهد العدل من غير تفصيل؟

فالجواب: أن ما يخشى فساده لما تعذر القضاء بعينه للمدعي لما يخشى من فساده قبل ثبوت الدعوى ولم يبق إلا أن يقضى له بثمنه وقوي حق المدعى عليه بسبب وضع اليد مع ترك المدّعي إثبات حقه القادر عليه اختياراً أبقى الشيء المدعى فيه بيد المدّعى عليه بخلاف ما لا يخشى فساده، لأن القضاء بعينه للمدعي ممكن ولا كبير ضرر على المدّعى عليه في إيقافه فتأمله. والحاصل أن قول المصنف: «بخلاف العدل فيحلف معه ويبقى بيده» يقيد ذلك بما إذا قال المدّعي أنا لا أحلف ألبتة مع شاهدي العدل وإنما أطلب شاهداً ثانياً، فإن وجدته وإلا تركت. وأما إذا قال أنا لا أحلف الآن لأني أرجو شاهداً ثانياً فإن وجدته وإلا حلفت فإن المدّعى فيه يباع ويوقف ثمنه كما يوقف مع الشاهدين على ما قاله عياض وأبو حفص العطار وقبله ابن عرفة فتأمله منصفاً والله أعلم. ص: **(وإن سأل ذو العدل الخ)** ش: يشير إلى قوله في المدونة في كتاب الشهادات قال مالك: ومن ادعى عبداً بيد رجل فأقام شاهداً عدلاً يشهد

لمراجعة الأمهات. **(وإن سأل ذو العدل أو بينة سمعت وإن لم تقطع وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بلد يشهد له على عينه أجيب لا إن انتفيا وطلب إيقافه ليأتي ببينة وإن بكيومين إلا أن يدعي بينة حاضرة أو سماعاً يثبت به فيوقف ويوكل به في كيوم)** من المدونة قال مالك: من ادعى عبداً بيد رجل وأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع أو أقام بينة يشهدون أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي وإن لم تكن شهادة قاطعة وله بينة ببلد آخر فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينة ليشهدوا عليه عند قاضي تلك البلدة فذلك له، وإن لم يقم شاهداً ولا بينة على سماع ذلك وادعى

وَالْغَلَّةُ لَهُ لِلْقَضَاءِ، وَالنَّفَقَةُ عَلَى الْمَقْضِيِّ لَهُ بِهِ

على القطع أنه عبده أو أقام بينة يشهدون أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي وإن لم تكن شهادته قاطعة وله بينة ببلد آخر، فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لتشهد على عينه عند قاضي تلك البلدة فذلك له، وإن لم يقم شاهداً ولا بينة سماع على ذلك وادّعى بينة قريبة بمنزلة اليومين والثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لم يكن له ذلك. وإن قال أوقفوا العبد حتى آتي ببينتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي ببينة حاضرة على الحق أو سماعاً يثبت له به دعواه، فإن القاضي يوقف العبد ويوكل به حتى يأتيه ببينة فيما قرب من يوم ونحوه. فإن جاء بشاهد أو سماع وسأل إيقاف العبد ليأتي ببينة، فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف القاضي المدعى عليه وأسلمه إليه بغير كفيل، وإن ادّعى شهوداً حضوراً على حقه أوقف له نحو الخمسة الأيام والجمعة، وهذا التحديد لغير ابن القاسم. ورأى ابن القاسم أن يوقف له لأن الجائي بشاهد أو سماع له وضع القيمة عند مالك والذهاب به إلى بينته فهذا كالإيقاف انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: «عبداً» ليس يريد خصوصية العبد وإنما نبه به على ما سواه. وقوله: «وأقام شاهداً» يريد وأبى أن يحلف معه. ابن رشد: وكذا لو أقام شاهدين مجهولي الحال قوله عند قاضي تلك البلد ظاهرها كان قريباً أو بعيداً انتهى. ونبه الشيخ بقوله: «لا إن انتفيا وطلب إيقافه» إلى أنه لا يجاب إلى الذهاب به من باب أولى فتأمله. ونقل الشارح في الكبير في شرح هذه المسألة مسألة كتاب الصناع في عكس المسألة وهي من استحقت من يده دابة فسأل القاضي وضع قيمتها ويذهب بها إلى بلد البائع ولم ينقل هذه المسألة فقد يشوش ذلك على فهم الطالب والله أعلم.

تنبيه: قول المصنف: «وضع قيمة العبد» هذا في المستحق بالرق، وأما المستحق بالحرية ففيه تفصيل ينظر في آخر سماع عيسى من الجهاد، وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق. ص: **(والغلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به)** ش: قال في المدونة إثر الكلام السابق: ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به. ثم قال: الغلة أبداً للذي هي في يده

بينة قريبة بمنزلة اليومين والثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينة لم يكن ذلك له. ابن القاسم: فإن قال أوقفوا العبد حتى آتي ببينتي لم يكن ذلك له إلا أن يدعي بينة حاضرة على الحق أو سماعاً يثبت به دعواه، فإن القاضي يوقف العبد ويوكل به حتى يأتي ببينة فيما قرب من يوم، فإن جاء ببينة أو سماع سأل إيقاف العبد ليأتي ببينة، فإن كانت بينة بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف القاضي المدعى عليه وأسلمه إليه بغير كفيل. **(والغلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به)** من المدونة قال ابن القاسم: يوقف ما لا يؤمن تغيره وزواله، وأما المأمون كالرباع والعقار وماله الغلة فإنما يوقف وقفاً يمنع من الإحداث فيها، والغلة أبداً للذي هي بيده لأن ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب، قال سحنون: هذا إن كان مبتاعاً أو صارت إليه من مبتاع. وفي العتبية عن ابن القاسم: إن كانت غنماً

وَجَازَتْ عَلَى خَطِّ مُقِرٍّ بِلاَ يَمِينٍ،

لأن ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب. قال أبو الحسن: في المسألة ثلاثة أقوال: النفقة والغلة لمن ذلك بيده. وقيل لمن يقضى له به، والتفصيل وهو ظاهر الكتاب. قال: ومذهب الكتاب مشكل فقال بعضهم: وجهه أنه لما ادعى العبد كأنه أقر بأن نفقته عليه فيؤخذ بإقراره ولا يصدق في الغلة لأنه مدع فيها. انظره انتهى. وقال في النكت: فإن تشاحا في النفقة كانت عليهما جميعاً ثم ينظر بعد ذلك ويقضى له به. وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا: إن لم يتطوع أحدهما بالنفقة وتشاحا كانت على من هو بيده لأنه على أصل ملكه لا يخرجه الإيقاف حتى ينظر فيه، يريد فإذا ألزم النفقة ثم ثبت للآخر رجع عليه بذلك انتهى.

فرع: قال في آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة: قال بعض العلماء: إذا ألزم المدعى عليه بإحضار المدعي به لتشهد عليه البينة، فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه لأنه مبطل ملح وإلا فعلى المدعي لأنه مبطل في ظاهر الشرع، ولا تجب أجرة تعطيل المدعى به في مدة الإحضار لأنه حق للحاكم لا يتم مصالح الحكام إلا به انتهى. وقال بعده بنحو صفحة:

فرع: إذا تنازعتما حائطاً مبيضاً هل هو منعطف لدارك أو لداره فأمر الحاكم بكشف البياض لينظر إن جعلت الأجرة في الكشف عليه فمشكل لأن الحق قد يكون لخصمك والأجرة ينبغي أن تكون لمن له نفع العمل، ولا يمكن أن تقع الأجرة على أن الإجارة على من يثبت له الملك لأنكما جزمتما بالملكية، فما وقعت الإجارة إلا جازمة. وكذلك الغائب لو امتنع إلا بأجر. قال: ويمكن أن يقال يلزم الحاكم كل واحد منهما باستئجاره وتلزم الأجرة في الأخير من ثبت له الملك كما يحلف في اللعان وغيره وأحدهما كاذب انتهى. وهذا الأخير هو الظاهر كما في الفرع قبله فتأمله والله أعلم. ص: **(وجازت على خط مقر)** ش: ظاهره سواء كانت الوثيقة بخطه أو فيها شهادته فقط على نفسه وهو كذلك. قال في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: وسئل مالك عن رجل كتب على رجل ذكر حق

فرعيها في الإيقاف على من تصير إليه وغلتها للذي هي بيده. وقال عيسى: الرعي على من له الغلة. اهـ نقل ابن يونس. وقال اللخمي: اختلف في النفقة على العبد في حال الوقف أو في غلته إن ثبت الاستحقاق وفي مصيبته إن هلك. وقال مالك في المدونة: نفقته على من يقضى له به وغلته لمن هو في يديه لأنه إن هلك كان في ضمانه **(وجازت على خط مقر)** من كتاب ابن سحنون وغيره قال مالك وأصحابه: الشهادة على خط مقر جائزة وقد أجمعوا أن الخط رسم يدرك بحاسة البصر وأصبنا البصر يميز الخطين والشخصين مع جواز اشتباه ذلك، فلما جوزوها في الشخص مع جواز الاشتباه فيه جازت في الخط **(بلا يمين)** قال مالك في العتبية وغيرها: من كتب على نفسه ذكر حق وكتب في أسفله بخطه فهلك الشهود ثم جحدن فشهد رجلان أن ذلك خطه أن ذلك يجوز عليه كإقراره، ولا يمين على المشهود له مع شهادة الشاهدين على خط المقر. قال ابن القاسم: ولو شهد على خطه رجل

وَخَطُّ شَاهِدٍ مَاتَ، أَوْ غَابَ بِبُعْدٍ، وَإِنْ بِغَيْرِ مَالٍ فِيهِمَا، إِنْ عَرَفَتْهُ: كَالمُعَيَّنِ،

وأشهد فيه رجلين، فكتب الذي عليه الحق شهادته على نفسه بيده في الذكر الحق فهلك الشاهد ثم جحد فأتى رجلان فقالا نشهد أنه كتابه بيده. قال مالك: إذا شهد عليه شاهدان أنه كتابه بيده رأيت أن يؤخذ منه الحق ولا ينفعه إنكاره، وذلك بمنزلة لو أقر ثم جحد فشهد عليه شاهدان بإقراره فأرى أن يغرم. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله. لأن شهادة الرجل على نفسه شهادة إقرار عليها وإقراره على نفسه شهادة عليها. ونقله ابن عرفة ص: **(وإن بغير مال فيهما)** ش: هذا الذي اختاره رحمه الله أن الشهادة على الخط جائزة في الطلاق والعتاق وغيرهما، وكأنه رحمه الله اعتمد على ما ذكره في التوضيح عن أحكام ابن سهل ونصه: وفي

حلف الطالب واستحق. وقال أشهب عن مالك: امرأة كتب إليها زوجها بطلاقها فشهد على خطه رجلان أن ذلك ينفعها. اهـ. نقل ابن يونس. وقال ابن رشد: الصواب أن يحمل قول مالك أن ذلك ينفعها على ظاهره من الحكم لها بطلاقها إذا شهد على خطه عدلان، وذلك إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق زوجته مثل أن يكتب إلى رجل يعلمه أنه طلق زوجته أو لزوجته بذلك على هذا الوجه وإن كان الكتاب إنما هو بطلاقه إياها ابتداء، فلا يحكم عليه به إلا أن يقر أنه كتبه مجمعاً على الطلاق. **(وخط شاهد مات أو غاب)** الباجي: مشهور قول مالك لا تجوز الشهادة على خط الشاهد. رواه محمد. لأن غاية خطه أنه كلفظه وهو لو سمعه ينص شهادته لم ينقلها عنه. وروى ابن القاسم إجازتها. وقال اللخمي: الشهادة على خط الشاهد لغيبته أو موته صحيحة على الصحيح من القولين لأنها ضرورة. وقال ابن رشد: أما الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب فلم يختلف في الأمهات المشهورة قول مالك في إجازتها وإعمالها. ابن عرفة: فظاهر هذا أن المشهور إعمالها خلاف قول الباجي لا تجوز على المشهور **(ببعد)** اختلف في حد الغيبة التي تجوز فيها الشهادة على خط الشاهد عند مجيزها، فقال سحنون: الغيبة البعيدة ولم يحد قدرها. وقال أصبغ: مثل إفريقية من مصر ومكة من العراق. وقال ابن الماجشون: حد ذلك ما تقصر فيه الصلاة **(وإن بغير مال فيهما إن عرفته)** ابن رشد: الذي أقول به أن معنى ما روى ابن حبيب أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في طلاق ولا عتاق ولا حد ولا نكاح لأنها لا تجوز على خط الرجل أنه طلق أو أعتق أو نكح، بل هي جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالإقرار بالمال. ومن المفيد قال محمد بن حارث: جرى العمل من القضاة ببلدنا يعني قرطبة بإجازة الشهادة على خط الشاهد، ولا علمت أحداً من أهل العلم فرق بين الشهادة على الخط في الأحباس وغيرها في حال من الأحوال. ولقد شهدت ابن أبي عيسى قاضي الجماعة بقرطبة يحكم بإجازة الشهادة على خطوط الشهود الموتى في صدقات النساء، ومن الأحكام للباجي: لا تجوز الشهادة على الخط إلا في المال فقط وحتى يكون ذو الخط مشهوراً بالعدالة وتعرف معرفته بمن كتب عليه، يريد بذلك خط الشاهد. و أما خط المقر على نفسه فذلك جائز باتفاق وفي كل شيء خلافاً لابن الماجشون. وقال ابن الهندي: أكثر ما يجري العمل بإجازة الشهادة على الخط في الأحباس القديمة، والأحوط أن لا تجوز الشهادة عليها فإن شهادة الأحياء ربما دخلتها الداخلة

أحكام ابن سهل عن محمد بن الفرج مولى ابن الطلاع أنه قال: الأصل في الشهادة على الخطوط من قول مالك وأكثر أصحابه أنها تجوز في الحقوق والطلاق والعتاق والأحباس وغيرها انتهى. وهو خلاف ما نقله البرزلي عن السيوري أنه قال: لا تجوز الشهادة على الخط في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود على ما في الواضحة وغيرها. انتهى من أوائل مسائل الأيمان ونقله في مسائل الأقضية والشهادات عن ابن رشد انظر كلامه. وقال ابن رشد في نوازله في أثناء مسائل النكاح في رجل يقيم عليه بعقد يتضمن إشهاده على نفسه أنه متى تزوج فلانة فهي طالق ثلاثاً وقد تزوجها فأنكر العقد فشهد شهود أن العقد خط يده فقال: إن كان العقد الذي قيم على الرجل المذكور ثبت بشهادة الشهود الذين أشهدهم على نفسه بما تضمنه وعجز عن الدفع، فالذي أراه وأتقلده أن يفرق بينهما وهو الصحيح عندي من الأقوال المشهورة في المذهب، ولا يكون ذلك جرحة تسقط شهادته إلا أن يقر على نفسه أنه تزوجها بعد أن حلف بطلاقها ألبتة أن لا يتزوجها وهو يعتقد أن ذلك لا يحل له جرأة على الله عز وجل إذ لو أقر بطلاقها على ما تضمنه العقد وقال إنما تزوجها لأنه اعتقد أن ذلك يسوغ له لاختلاف أهل العلم في ذلك لعذر فيما فعله، ولم يكن ذلك جرحة لا سيما إن كان ممن ينظر في العلم ويسمع الأحاديث.

وأما إن لم يثبت العقد الذي قيم به إلا بالشهادة على الخط فلا يحكم به عليه إن أنكر، ولا يفرق بينهما أو إن عجز عن الدفع في شهادة من شهد عليه أنه خط يده لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح ولا حد من الحدود على ما نص عليه ابن حبيب في واضحته وغيره. ولو أقر أنه خطه كتبه بيده وزعم أنه لم يكتبه عازماً على إنفاذه وإنما كتبه على أن يستشير وينظر في ذلك لصدق في ذلك على ما قاله في المدونة انتهى والله أعلم. وما ذكره عن ابن حبيب في واضحته نقله ابن حبيب فيها عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ وأنها لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود ولا كتاب قاض، وإنما تجوز في الأموال فقط. وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا الشاهد مع اليمين فلا تجوز على الخط، وحيث يجوز هذا يجوز هذا. ووقع في رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات في امرأة كتب إليها زوجها بطلاقها مع من لا تجوز شهادته إن وجدت من يشهد لها على خطه نفعها ذلك. قال ابن رشد: ومثله في مختصر ابن عبد الحكم، وكان يمضي لنا عند من أدركناه من الشيوخ أن ما ذكره ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ هو مذهب مالك لا خلاف فيه، وأن

فكيف شهادات الموتى؟ المتيطي: هذا الذي احتج به ابن الهندي فيه نظر، لأن الشاهد إذا كتب شهادته يحملها على كل الوجوه، ومن أصلنا أن لا نترك أمراً قد وجب لأمر يكون أو لا يكون (إن عرفته كالمعين) قال بعض الشيوخ: دل قولهم أن الشهادة على الخط إنما تكون على القطع. وفي كتاب

وَأَنَّهُ كَانَ يَعْرِفُ مُشْهَدَهُ،

معنى قوله في الرواية: «نفعها ذلك» أنه يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج أنه ما طلق. والذي أقول به أن معنى ما حكاه ابن حبيب إنما هو أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في طلاق ولا عتاق ولا نكاح لا أنها لا تجوز على خط الرجل أنه طلق أو أعتق أو أنكح بل هي جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالإقرار بالمال وهو بين من قوله. فالصواب أن يحمل قول مالك: «نفعها» على ظاهره من الحكم لها بالطلاق عليه إذا شهد على خطه شاهدان عدلان، وذلك إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق زوجته مثل أن يكتب إلى رجل يعلمه بأنه طلق زوجته أو إليها يعلمها بذلك.

وأما إن كان الكتاب إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا يحكم عليه به إلا أن يقر أنه كتبه مجمعاً على الطلاق، وفي قبول قوله إنه كتبه غير مجمع على الطلاق بعد أن أنكر أنه كتبه اختلاف. انتهى بعضه بالمعنى وأكثره باللفظ. فيكون اختيار ابن رشد ثالثاً يفرق بين الشهادة على خط الشاهد فلا تجوز إلا في الأموال وبين الشهادة على خط المقر فتجوز في الأموال وغيرها إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق أو أعتق ونحو ذلك. وأما إذا كان الخط إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا. وذكر ابن عرفة عن ابن سهل نحو اختيار ابن رشد وعن الباجي أيضاً. وظاهر ما تقدم عن ابن رشد في نوازله في النكاح أنه حمل قول مطرف وابن الماجشون على ظاهره. وقال في مسائل الشهادات من نوازله: ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أن الشهادة على الخط لا تجوز فيما عدا الأموال، لا على خط الشاهد ولا على خط المعتق أو المطلق. وسائر ما ذكره مما ليس بمال، وعلى ذلك كان الشيوخ يحملونه. ومعنى ذلك إذا وجد الكتاب بالعتق عنده بعد موته أو بيده في حياته لأنه لو أقر أنه خطه وقال كتبته على أني أستخير في تنفيذه ولم أنفذه بعد صدق في ذلك. وأما إذا كان دفعه إلى العبد أو كان قد نص فيه على أنه أنفذه على نفسه فالشهادة عليه عاملة كالشهادة على خطه بالإقرار بالمال، وهو ظاهر رواية أشهب عن مالك في العتبية وما في مختصر ابن عبد الحكم انتهى. وقال ابن فرحون بعد نقله قول مطرف وابن الماجشون: قال ابن رشد: وهذه التفرقة لا معنى لها إلا أن يريد أن الأموال أخف، والصواب الجواز في الجميع. قال ابن الهندي: ويلزم من أجازها في الأحباس القديمة أن يجيزها في غيرها لأن الحقوق عند الله سواء. انتهى ص: (**وأنه كان يعرف مشهده وتحملها عدلاً**) ش: ما ذكره من معرفة مشهده هو أحد

القزويني: إنها في ذلك إنما تكون على العلم. ابن عرفة: مغايرته بين القطع والعلم تدل على أن مراده بالعلم الظن. (**وأنه كان يعرف مشهده**) ابن رشد: قول ابن زرب لا تجوز الشهادة على خط الشاهد حتى يعرف أن المشهود على خطه كان يعرف من أشهده معرفة العين صحيح لا ينبغي أن يختلف فيه. المتيطي: لا تقبل شهادة على الخط إلا من الفطن العارف بالخطوط وممارستها، ولا يشترط فيه أن

وَتَحَمُّلَهَا عَدْلاً، لاَ عَلَى خَطِّ نَفْسِهِ حَتَّى يَذْكُرَهَا، وَأَدَّى بِلاَ نَفْعٍ، وَلاَ عَلَى مَنْ لاَ يَعْرِفُ، إِلاَّ عَلَى عَيْنِهِ، وَلْيُسَجِّلْ مَنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا ٱبْنَةُ فُلاَنٍ،

القولين، وما ذكره من قوله: «وتحملها عدلاً» هو تعديل للمشهود على خطه. وظاهر كلامه أن الشاهد على الخط لا بد أن يشهد بذلك. وذكر المتيطي أنه لا يشترط ذلك بل يكفي أن يشهد بذلك غيرهما. قال في كتاب الحبس في فصل ذكر فيه أن قائماً قام بالحسبة أن فلاناً باع حبساً ما نصه: وإن كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى في كتاب الحبس.

يكون قد أدرك ذا الخط (**وتحملها عدلاً**) المتيطي: تذكر في كيفية الشهادة على خط الغائب أن الشهود يعرفون أنه كان برسم العدالة والقبول في تاريخ الشهادة وبعدها إلى أن توفي، قاله مالك. وأن تكون شهادته قد سقطت بجرحة أو كان غير مقبول الشهادة. ابن عرفة: قوله «إلى أن توفي» قيل: الصواب إلى حين الشهادة على خطه (**لا على خط نفسه حتى يذكرها وادي بلا نفع**) من المدونة: إذا عرف الشاهد خطه في كتاب فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوكل بها، ولكن يوفي ذلك كما علم ثم لا ينفع الطالب. سحنون: اختلف في هذا أصحابنا، وقولي إذا لم ير في الكتاب محواً ولا لحقاً ولا ما يستنكره فليشهد بما فيه، وهذا أمر لا يجد الناس منه بداً وإن لم يذكر في الكتاب شيئاً. ابن يونس: إنما قال ابن القاسم «يرفع شهادته» لأنه قد يرى الحاكم إجازتها على قول من يجوز ذلك انتهى. انظر هذا وتأمله. وقال اللخمي: رواية مطرف وابن الماجشون في الشهادة على معرفة خطه أحسن. ومحمل قول مالك على ما كانوا عليه من الحفظ لو وكل الناس اليوم إلى حفظ الشهادات لم يؤد أحد شهادة ولتعطلت حقوق الناس (**ولا على من لا يعرف**) ابن رشد: إن أشهد الرجل على نفسه جماعة يعرفه بعضهم فلمن لا يعرفه منهم أن يضع شهادته عليه وهو من ذلك في سعه لا منه بمعرفة بعضهم أن يتسمى باسم غيره، وإن لم يعرفه أحد منهم كره لهم أن يضعوا شهادتهم عليه خوفاً أن يتسمى باسم غيره فيقر أنه باع داره من فلان ثم يشهد على خطوطهم بعد موتهم فتجوز شهادتهم. قاله الإخوان. ابن رشد: الذي أقوله فيمن دعي ليشهد على امرأة لا يعرفها ويشهد له رجلان أنها فلانة، فإن كانت المرأة أتت بهما فلا يشهد إلا على شهادتهما، وإن كان هو الذي سألهما فليشهد عليهما. وكذا لو سأل عن ذلك رجلاً واحداً يثق به أو امرأة، ولمالك في العتبية: لا يجوز استثمار البكر إلا على عينها. البرزلي: ونزلت بتونس لبنت بعض الملوك حضر فيها ابن عرفة والغبريني، فطلب الغبريني الاطلاع على عينها فأنكر ذلك شيخ الموحدين ورئيس الدولة الشيخ أبو محمد ولولا جلة كانت له لنكل به، والصواب في هذا أن التعريف كاف. وقد اتفق لي مثل هذا وطلبت كلامها لأنه سيق إليها بعض الجهاز عروضاً. وانظر أول النكاح من ابن عرفة أن العادة جرت بالشهادة على من لا يعرف (**إلا على عينه**) ابن رشد: إن كتب شهادته على من لا يعرف بالعين والاسم لم يصح أن يشهد بها إلا على عينه (**ولا يسجل على من زعمت أنها ابنة فلان**) ابن الحاجب: إذا شهدت بينة على عين امرأة زعمت أنها بنت زيد فلا يسجل على بنت زيد (**ولا

وَلاَ عَلَى مُنْتَقِبَةٍ لِتَتَعَيَّنَ لِلأَدَاءِ، وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدَتْنَا مُنْتَقِبَةٌ، وَكَذَلِكَ نَعْرِفُهَا: قُلِّدُوا، وَعَلَيْهِمْ إِخْرَاجُهَا، إِنْ قِيلَ لَهُمْ عَيِّنُوهَا. وَجَازَ الأَدَاءُ، إِنْ حَصَلَ الْعِلْمُ، وَإِنْ بِامْرَأَةٍ، لاَ بِشَاهِدَيْنِ إِلاَّ نَقْلاً.

قلت: فأتى إليه بفلان وفلان شهدا عنده أن شهادة فلان وفلان الواقعة في كتاب الحبس المنتسخ في هذا الكتاب بخطوط أيديهما لا يشكان في ذلك وأنهما ميتان، فقبل القاضي شهادة الشهيدين عنده وشهادة الشهيدين المشهود على خطوطهما وإن عدلهما الشاهد أن عنده على خطوطهما جاز ذلك. وقلت في إثر قولك: «وأنهما ميتان» وأنهما كانا في رسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ شهادتهما عن الشهادة أو المذكورة وبعدها إلى أن توفيا وإن عدلهما عنده غير الشاهدين اللذين شهدوا على خطوطهما.

قلت: في الشهيدين وقبل شهادتهما لمعرفته بهما وقبل شهادة فلان وفلان المشهود على خطوطهما بتعديل فلان وفلان لهما عنده بالعدل والرضا إلى أن توفيا على ذلك. انتهى ص: **(وجاز الأداء إن حصل العلم ولو بامرأة)** ش: مسألة: قال في نوازل ابن رشد في مسائل الشهادات في رجل شهد على امرأة أنها أوصت لأخيها لأمها بثلثها وأدى الشهادة على ذلك وقطع بمعرفتها، ثم شهد عليه شاهدان أنه أقر عندهما بعد أداء الشهادة أن هذه المرأة لم يكن يعرفها قبل ذلك الإشهاد ولا رآها قط وإنما عينها له في حين ذلك الإشهاد امرأة وثق بها، فهل

على منتقبة لتتعين للأداء) ابن الحاجب: لا يشهد على منتقبة حتى يكشف وجهها ليعينها عند الأداء **(وإن قالوا أشهدتنا منتقبة وكذلك نعرفها قلدوا)** سأل ابن حبيب سحنوناً عن امرأة أنكرت دعوى رجل عليها فأقام عليها بينة قالوا: أشهدتنا على نفسها وهي منتقبة بكذا وكذا ولا نعرفها إلا منتقبة وإن كشفت وجهها لم نعرفها. قال: هم أعلم بما تقلدوا وإن كانوا عدولاً وقالوا عرفناها قطع بشهادتهم **(وعليهم إخراجها إن قيل لهم عينوها)** الذي لابن عرفة: سئل ابن القاسم: من اعترف دابة أو رأساً هل تجمع دواب أو رقيق ويدخل فيها ويكلف الشهود إخراجها؟ قال: ليس ذلك على أحد في شيء وذلك خطأ، ولكن لو كانوا عدولاً قبلت شهادتهم. أصبغ: وكذلك النساء إن شهد عليهن. وعن سحنون: ولو شهدوا على امرأة بنكاح أو إقرار أو براءة وسأل الخصم إدخالها في نساء ليخرجوها وقالوا شهدنا عليها عن معرفتها بعينها ونسبها ولا ندري هل نعرفها اليوم وقد تغيرت حالها وقالوا لا نتكلف ذلك، فلا بد من أن يخرجوا عينها. وإن قالوا نخاف أن تكون تغيرت قيل لهم: إن شككتم وقد أتقنتم أنها ابنة فلان وليس لفلان إلا بنت واحدة من حين شهدوا عليها إلى اليوم جازت الشهادة **(وجاز الأداء إن حصل العلم وإن بامرأة)** ابن رشد: وإن كتب شهادته على من لا يعرفه بالعين والاسم لم يصح أن يشهد بها إلا على عينه، وإنما تسامح العلماء والخيار في وضع شهادتهم على من لا يعرفونه سياسة في نفع العامة. وقد تقدّم قول ابن رشد «أو امرأة» وانظر عند قوله «ولا على من لا يعرف» **(لا بشاهدين إلا نقلاً)** انظر ما لابن رشد أيضاً عند قوله «ولا على من لا يعرف». وفي المجموعة: من دعي ليشهد على امرأة لا يعرفها وشهد عنده رجلان أنها فلانة فليشهد. قال في سماع

وَجَازَتْ بِسَمَاعٍ فَشَا عَنْ ثِقَاتٍ وَغَيْرِهِمْ،

ذلك مسقط لشهادته في هذه النازلة خاصة ويكون كالرجوع عن الشهادة، أو يراه إقراراً منه على نفسه بتعمد الكذب فيكون جرحة وتسقط شهادته في ذلك وغيره؟ فأجاب: شهادته عاملة إذا كان هو ابتداء سؤال المرأة لأن ذلك من ناحية قبول خير الواحد، وأما إذا لم يبتدىء هو بسؤالها وإنما قالت له ذلك على سبيل الشهادة عنده مثل أن تقول له المرأة التي أشهدته على نفسها بالوصية هذه فلانة تعرف أني فلانة بنت فلان وتعرفه بذلك، فلا يجوز له أن يشهد عليها بتعيين المرأة له إياها على هذا الوجه وإن كانت عنده ثقة، فإن جهل سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحة ذلك تسقط شهادته فيما سوى ذلك. اهـ. ص: **(وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم)** ش: قال ابن عرفة: وشهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد

ابن عاصم: لا يشهد إلا على شهادتهما. وروى ابن نافع عن مالك يشهد **(وجازت بسماع)** ابن عرفة: شهادة السماع لقب لم يصدق الشاهد فيها بإسناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادة البت والنقل. التونسي: شهادة السماع لا يستخرج بها شيء من يد حائز وإنما تصح للحائز الكافي مثل ذلك رجل في يديه دار تعرف به وبآبائه قبله فيأتي رجل ممن يشهد له أنها ملكه قديماً فيأتي الذي هي في يده بمن يشهد له على السماع الفاشي أنا لم نزل نسمع بانتقال ملكها إلى الذي هي في يديه من قبل القائم أو من آبائه، فهذه شهادة توجب عند مالك وأصحابه الدار للذي هي في يديه دون الذي شهد له أنها ملكه قديماً، ولا تجوز شهادة السماع الفاشي للمدعي الطالب وإنما يكون الذي في يديه حائزاً لها. قال مالك: ولا تجوز شهادة السماع في ملك الدار في خمس سنين. قال ابن القاسم: إنما تجوز فيما أتت عليه أربعون سنة. وقال ابن رشد: الذي مضى عليه العمل فيما أدركت وأفتى به شيوخنا فيما علمنا أن من ادعى عقاراً بيد غيره وزعم أنه صار إليه من مورثه عنه، أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت موروثه الذي ادعى أنه ورث ذلك العقار عنه ووارثته له، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار ولم يسأل من أين صار له، فإن أنكر وقال الملك ملكي اكتفي منه بذلك ولم يلزمه أكثر من ذلك، وكلف الطالب إثبات الملك الذي زعم أنه ورثه عنه وإثبات موته ووراثته له، فإن أثبت ذلك على ما يجب من صحة شروطه سئل المطلوب حينئذ من أين صار إليه وكلف الجواب على ذلك، فإن ادعوا أنه صار إليه من غير موروث الطالب الذي ثبت الملك له لم يثبت إليه، وإن ادعى أنه صار إليه من قبل موروث الطالب بوجه يذكره كلف إثباب ذلك، فإن أثبته وعجز الطالب عن المدفع في ذلك بطلت دعواه، وإن عجز عن إثبات ذلك قضي عليه للطالب. هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ولا اختلاف في ذلك أحفظه انتهى. ولشيخ الشيوخ ابن لب في رجل وهب أحد أولاده فداناً ثم مات وقام أخو الموهوب له بكفالة أخيه وصار يجعل الغبار في قطعة من الفدان إلى أن قام ورثة الموهوب له على ورثة الأخ، وقالوا القطعة من حريم فداننا لا يقبل هذا منهم إذ ربما فوت على المحجور بوجه صحيح وعقود الأصول بالبيوع والهبات لا

....

فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادة ألبت والنقل انتهى. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله أنه لا بد أن يكون السماع فاشياً عن الثقات وغيرهم. وهذا قول ذكره في التوضيح عن بعضهم ومذهب المدونة خلافه، ويحتمل أن يكون مراد المصنف أنه يشترط فيها أن يكون السماع فاشياً، سواء كان من الثقات أو من غيرهم، وهذا هو الراجح. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب:« وتجوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات» ظاهره أنه لا يقبل إذا كان من غير الثقات، وهو مذهب مطرف وابن الماجشون قالا: ولا تجوز من غير أهل العدل من سامع أو مسموع منهم. وظاهر المدونة نفي اشتراط العدالة في المنقول عنهم. قاله المازري: ورُوي عن ابن القاسم اشتراط العدالة في المنقول عنهم إلا في الرضاع. وقيل: لا بد من السماع من غير العدول مع العدول لأن قصر السماع على العدول يخرجه إلى نقل الشهادة عن المعينين، وذلك باب آخر انتهى. وقال ابن عبد السلام: ذكر المؤلف في صفة هذا السماع الفشو وأن يكون عن الثقات، فأما الفشو فمتفق عليه، وأما كونه عن الثقات فمنهم من شرطه ومنهم من لم يشترطه، لأن المقصود أن يحصل للشاهد علم أو ظن يقاربه وربما كان خبر غير العدل في بعض الأوقات مفيداً لما يفيده خبر العدل لقرائن تحتف به، ومنهم من رأى أنه لا بد من السماع من غير العدل مع العدل وإن كان السماع مقصوراً على العدل يخرجه إلى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر. انتهى. قلت: فيحمل كلام المصنف على المحمل الثاني ليكون موافقاً لظاهر المدونة كما قاله المازري، وعلى هذا عول العبدوسي في قصيدته حيث قال:

وليس من شروطها العدول ... بل اللفيف فادر ما أقول

وقال ابن غازي: لو قال عوضاً منه: «وليس سمعها من العدول شرط بل اللفيف في

توجب استحقاقاً من الشيء بيده إذ ليست حجة، ويكلف ورثة الموهوب له إثبات الفدان لموروثهم إلى الآن لا يعلمون أنه فات من قبل من ذكر إلى الآن. انظر أول مسألة من كتاب الاستحقاق لابن سلمون (فشا) اللخمي: إن كانت الشهادة على السماع عن غائب سمعوا هاهنا أن فلاناً مات ببلد كذا أو قتل أو أخذه العدو، فإن كان سماعاً مستفيضاً ووقع به العلم لكثرة عدد الطارئين حكم بها وإلا فلا. ولا يقتصر في ذلك على شاهدين لأن الأمر المستفيض المنتشر لا يؤخذ علمه عن اثنين، وإن كانا طارئين شهدا على استفاضة البلد الذي قدما منه قبلت **(عن ثقات وغيرهم)** ابن عرفة: في اشتراط العدالة في المسموع منهم ثالثها إلا في الرضاع. وظاهر لفظ المدونة مع غيرها أنه لا يشترط عدالة في السماع منهم. والذي لابن يونس ما نصه: ومن المدونة قال مالك: الشهادة على السماع في الأحباس جائزة بطول زمانها يشهدون أنا لم نزل نسمع. ابن المواز: عن الثقات أن هذه الدار حبس تحاز بحوز الأحباس وإن لم ينقلوا عن بينة معينين إلا قولهم سمعنا وبلغنا ولو نقلوا عن قوم

بِمِلْكٍ لِحَائِزٍ مُتَصَرِّفٍ طَوِيلاً. وَقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمِلْكِ،

النقول» لكان أدل على المراد. ص: (**بملك لحائز متصرفاً طويلاً**) ش: أفاد بقوله: «لحائز» أن شهادة السماع في الملك إنما تفيد للحائز فقط وإنها لا تفيد في الانتزاع. قال في التوضيح: ظاهر كلام المصنف يعني ابن الحاجب أن شهادة السماع تكون بالملك في الانتزاع. والذي نص عليه أصحابنا أنه لا يستخرج بها من يد حائز وإنما تصح للحائز. ثم قال: وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ ما يقتضي أنه يستخرج بها من اليد. وهل يستحق بها ما ليس في حوز واحد كعفو من الأرض؟ قولان عندنا بناهما المازري على اختلاف المذهب في بيت المال هل يعد حائزاً لما لا ملك له أو لا انتهى. وقال ابن سلمون في كتاب الاستحقاق: ولا يقوم بشهادة السماع إلا الذي الملك بيده ولا تجوز لغيره لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز شيئاً تحت يده إلا أن تكون اليد كلاً يد مثل أن يكون غاصباً وذا سلطان غير مسقط وثبت أنه مال القائم أو ورثته على السماع، أو ثبت أيضاً أنه يصير إلى الذي يملكه من الوجه المذكور، فيستخرج من تحت يده ما يده عليه من الأملاك ويستحق ذلك بشهادة السماع ويحكم بذلك. ذكر ذلك ابن الحاج في مسائله. انتهى وهو كلام حسن. وأفاد المصنف بقوله: «لمتصرف طويلاً» أنه إنما يشهد بالملك إذا طالت الحيازة وكان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه ولا ينازعه أحد، وأنه لا بد من الأمرين. وهكذا قاله في الجواهر ونقله عنه في التوضيح، وذكر الشارح كلام الجواهر بـ«أو» فقال ابن شاس: وأن يشهد بالملك إذا طالت الحيازة أو كان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه. ثم اعترض في شرحه الكبير على المصنف بأن كلامه يقتضي أنه لا بد من مجموع الأمرين وأنه خلاف نقل ابن شاس، وقد علمت أن كلام ابن شاس موافق لما قاله المصنف، ولعل ذلك وقع في نسخة الشارح من الجواهر والله أعلم.

تنبيه: بينة السماع في الرهن مقتضى ما في نوازل ابن رشد في كتاب الدعاوى والخصومات أنها عاملة، وسيأتي كلامه في آخر الباب عند قول المصنف: «وإن حاز أجنبي» ص: (**وقدمت بينة الملك**) ش: يعني أنه إذا شهدت بالملك بينة بالسماع وشهدت بينة أخرى

عدول أشهدوا هم لم يكن سماع وكان شهادة تعمل (**بملك لحائز متصرف طويلاً**) تقدم نص التونسي عند قوله «وجازت بسماع». وقال ابن المواز عن ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع في مثل الخمس عشرة سنة ولا يجوز في مثل هذا إلا القطع، ورواه عن مالك. قال ابن المواز: لا تجوز شهادة لمدع داراً بيد غيره قد حازها، إنما تجوز لمن الدار في يده إذا أثبت الذي يدعيها بالبينة أنها لأبيه أو جده أو لمن هو وارثه، وتكون الدار قد قامت في يد حائزها سنين ينقطع في مثلها العلم فلا يجد من يشهد له إلا على السماع أنا لم نزل نسمع من العدول أن الذي في يديه الدار أو أحد من آبائه ابتاعها من القائم أو من أحد ممن ورثها القائم عنه بذلك يقطع حق القائم. (**وقدمت بينة الملك إلا بسماع أنه**

إِلاَّ بِسَمَاعِ: أَنَّهُ آشْتَرَاهَا مِنْ: كَأَبِي القَائِمِ،

بالملك لشخص آخر بالقطع فبينة الملك التي قطعت مقدمة على بينة السماع. ص: (إلا بكسماع أنه اشتراها من كأبي القائم) ش: تصوره من كلام الشارح واضح. والمسألة مبسوطة في المدوّنة في كتاب الشهادات في الشهادة على السماع. ومثل الشراء منه أنه تصدق بها عليه أو وهبها له كما ستقف عليه في كلام ابن رشد في شرح أول مسألة من رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق. ونص مسألة السماع: وسألته عن رجل غاب عن داره أو أرضه فدخلها رجل بعد غيبته فسكنها زماناً ثم مات عنها وبقي ورثته فيها، وقدم الغائب فادعى ذلك وأصله معروف له والبينة تشهد أنه إنما دخل فيها الميت بعد مغيب هذا وإن كان يختلف إن كان سمع من الهالك يذكر أنه اشترى أو لم يسمع ذلك منه، طال زمان ذلك أو لم يطل. قال ابن القاسم: القادم أولى بها إذا كان على ما ذكرت. كان الرجل فيها حياً أو ميتاً، ولا يلتفت إلى ما كان يسمع من الداخل الهالك يذكر أنه اشترى إلا أن يكون للداخل بينة على الشراء أو هبة أو صدقة أو سماع صحيح على ما اشترى مع طول الزمان وتقادمه. قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدوّنة وغيرها من أنه لا حيازة على غائب، فإذا قدم والأصل معروف له وشهدت له البينة بدخول الميت فيها بعد مغيبه كما ذكرت كان على ورثة البينة على ما ادعوا من شراء أو صدقة أو هبة أو سماع على ذلك فيما طال من السنين انتهى. فقول ابن رشد: «أو سماع على ذلك» شامل للشراء والصدقة والهبة

اشتراها من كأبي القائم) من المدونة: من قامت بيده دار خمسين سنة ثم قدم رجل كان غائباً فادعاها وثبت الأصل له فقال الذي بيده الدار اشتريتها من قوم وقد انقرضوا أو انقرضت البينة وأتى ببينة يشهدون على السماع، فالذي ينفعه من ذلك أن يشهد قوم أنهم سمعوا أن الذي في يده الدار واحد من آبائه ابتاعها من القادم أو أحد آبائه أو ممن ورثها القادم عنه أو ممن ابتاعها من أحد ممن ذكرنا، فذلك يقطع دعوى حق القائم منها. قال مالك: وها هنا دور لم يعرف لمن أصلها بالمدينة قد تداولتها الأملاك، فشهادة السماع على مثل هذا جائزة. ابن القاسم: وإن أتى الذي في يديه الدار ببينة أن هذا الذي في يده الدار أو أحد من آبائه ابتاعها ولا يدري ممن لم ينفعه ذلك، ولو أقام بينة تشهد على السماع وأن أباه ابتاعها ممن ذكرنا منذ خمس سنين ونحوها لم ينفعه مثل ذلك فلا يقبل في مثل هذا القرب إلا ببينة تقطع على الشراء، وإنما تجوز شهادة السماع فيما كثر من السنين وتطاول من الزمان وإن كان المبتاع حياً لأن شراءه ربما تقدم حتى يمضي له أربعون سنة أو أكثر، فإن لم يأت الحائز بشهود يشهدون على قدم الشراء في قريب الزمان أو على السماع في بعيده قضى بها للقائم الذي استحقها، وقد قال مالك فيمن أقر أنه كان تسلف من فلان وقضاه: فإن كان ما يذكر من ذلك حديث لم يطل زمانه لم ينفعه قوله قضيته وغرم الورثة إلا أن يقيم بينة قاطعة على القضاء، وإن طال زمن ذلك حلف المقر وبرىء فهذا يدلك على مسألتك في شهادة السماع إلا أن يكون المقر ذكر ذلك

وَوَقْفٍ، وَمَوْت بِبُعْد إنْ طَالَ الزَّمَانُ، بِلاَ رِيبَةٍ.

والله أعلم. ص: (ووقف) ش: أي لحائز كما قاله في التوضيح وغيره. ولا يشترط فيها تسمية المحبس ولا إثبات ملكه بخلاف ما لو شهدا على الحبس بالقطع فإنه لا يثبت الحبس حتى يشهدوا بالملك للمحبس. قاله في التوضيح: قال ابن سهل في أحكامه الصغرى والكبرى: كيفية الشهادة بالسماع في الأحباس أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدها كذا، وأنه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين عاماً متقدماً لتاريخ شهادته هذه سماعاً فاشياً مستفيضاً من أهل العدل وغيرهم أن هذه الدار وهذا الملك حبس على مسجد كذا أو على المرضى بحاضرة كذا وعلى فلان وعقبه، أو حبس لا غير وأنها كانت محترمة بحرمة الأحباس وتحوزهما بالوقف إليها والتبيين لها. بهذا جرى العمل في أداء هذه الشهادة. زاد في الكبرى: فإذا أديت هكذا وكان الشهود بها شاهدين فصاعداً حكم بها بعد حيازة الشهود بتحبيسه والإعذار إلى من يعترض فيه ويدعيه. قال ابن القاسم في سماع عيسى في حبس العتبية: إذا شهد رجلان أنهما كانا يسمعان أن هذه الدار حبس جازت شهادتهما وكانت حبساً على المساكين إن كان لم يسم أحداً. انتهى.

تنبيه: استفيد من هذه المسألة النص في أن مصارف الحبس وصروف الواقف تثبت بشهادة السماع، ونص على ذلك أيضاً في كتاب الشهادات من المدوّنة. قال: وسئل مالك عن قوم شهدوا على السماع في حبس على قوم أنهم يعرفون أن من مات منهم لا يدخل في نصيبه زوجته وتهلك ابنة الميت فلا يدخل فيه ولدها ولا زوجها فقال: أراه حبساً ثابتاً وإن لم يشهدوا على أصل الحبس ولم يذكروا ذلك كله وذكروا في السماع ما يستدل به فذلك جائز. انتهى ص: (وموت ببعد) ش: قيد البعد راجع إلى قوله: «وموت» ص: (وشهد

على معنى الشكر يقول جزى الله فلاناً خيراً أسلفني وقضيته، فلا يلزمه في هذا شيء مما أقر به قرب الزمان أو بعد. ابن يونس: يريد وكذلك ذلك على معنى الذم وهذا هو الصواب (ووقف) تقدم نص المدونة أن الشهادة على السماع في الأحباس جائزة بطول زمانها (وموت ببعد) القاضي: يشهد على الموت بالسماع فيما بعد من البلاد لا فيما قرب. ابن عرفة: بشرط أن لا يطول زمان تقدم الموت كعشرين عاماً ونحوها هذا لا يقبل فيه إلا ألبت. انظر في سماع عيسى من كتاب القسمة أن العشرين طول (إن طال الزمان) ابن المواز: قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع في مثل الخمسة عشر سنة ولا تجوز في مثل هذا إلا على القطع ورواه عن مالك. ابن عرفة: في حد الطول خمس مقالات (بلا ريبة) ابن عرفة: لحوق الريبة في شهادة السماع يبطلها. في المجموعة عن ابن القاسم: إذا شهد رجلان على السماع وفي القبيل مائة من أسنانهم لا يعرفون شيئاً من ذلك لم تقبل شهادتهم إلا بأمر يفشو أو يكون عليه أكثر من اثنين إلا أن يكونا شخصين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما اهـ. انظر من هذا المعنى ما نص عليه الأصوليون أن ما تتوفر فيه الدواعي على نقله فنقل من وجه شاذ فإنه

وَحَلَفَ، وَشَهِدَ اثْنَانِ: كَعَزْلٍ، وَجَرْحٍ، وَكُفْرٍ، وَسَفَهٍ، وَنِكَاحٍ، وَضِدِّهَا، وَإِنْ بِخُلْعٍ، وَضَرَرِ زَوْجٍ، وَهِبَةٍ وَوَصِيَّةٍ، وَوِلاَدَةٍ، وَحِرَابَةٍ؛ وَإِبَاقٍ؛ وَعُدْمٍ؛ وَأَسْرٍ، وَعِتْقٍ، وَلَوْثٍ،

اثنان) **ش:** قال ابن يونس في كتاب الشهادات: ومن كتاب الشهادة قال ابن القاسم: وأما إن شهد شاهد واحد على السماع لم يقض له بالمال وإن حلف، لأن السماع نقل شهادة ولا يجوز نقل شهادة واحد على شهادة غيره. انتهى. وقال أبو الحسن: بل أضعف من نقل الشهادة. وانظر الدماميني في حاشية البخاري في الشهادة على الإنسان والموت القديم والرضاع. وانظر في مسائل الأقضية والشهادات من البرزلي ورود كتاب المسافرين بأن فلاناً مات ونحو ذلك. **ص:** **(وعتق)** **ش:**.

لا يسمع **(وحلف)** ابن عرفة: شرط تمام شهادة السماع يمين المشهود له بها طرق. ظاهر المدونة أنها دون يمين. وقال ابن محرز: لا يقضى لأحد ممن يقضى له بشهادة السماع إلا بعد يمينه **(وشهد اثنان)** ابن الحاجب: تجوز شهادة السماع. ثم قال التونسي بعد يمينه: إذ لعله عن واحد ويجتزي بقول اثنين وقال عبد الملك: أربعة لأنها كالنقل فاحتيط فيها. انظر قبل هذا في الخلع عند قوله «ورد المال بشهادة سماع على الضرر» وأنه إن شهد واحد على القطع وشهد معه آخر على السماع بعد ذلك. لابن يونس: ومن كتاب الشهادات قال ابن القاسم: أو شهد شاهد واحد على السماع لم يقض للمشهود له بالمال وإن حلف، لأن السماع نقل شهادة ولا تجوز شهادة واحد على شهادة غيره. وقال ابن رشد: الذي يأتي على مذهب المدونة أنه يجوز في شهادة السماع شاهدان في كل حال. قال ابن الماجشون: لا يجوز إلا أكثر من شاهدين وفرق في سماع عيسى **(كعزل وجرح وكفر وسفه ونكاح وضدها وإن بخلع وضرر زوج وهبة ووصية وولادة وحرابة وإباق وعدم وأسر وعتق ولوث)** قال ابن القاسم في الذي تفتدي من زوجها فيشهد لها قوم بالسماع أن زوجها كان يضربها: فذلك جائز بالسماع من أهله ومن الجيران وشبه ذلك من الأمر الفاشي. المتيطي: هذه المسألة من الثماني عشرة مسألة التي تجوز شهادة السماع فيها. وفي نظم ابن رشد أنها أحد وعشرون، وزاد ابنه ستة، وزاد ابن هارون على ذلك ثلاثة، وزاد اللخمي واحداً. المتيطي: فمن ذلك عزل القاضي وولايته والتجريح والعدالة والكفر والإسلام والتسفيه والترشيد. ابن رشد: والنكاح والخلع. وقد تقدم نص ابن القاسم في الضرر، وزاد ابن رشد والهبة والوصية. المتيطي: والولادة، وزاد ولد ابن رشد والحرابة والإباق. ابن هارون: والملاء والعدم والأسر الكافي والشهادة على السماع عند مالك وأصحابه جائزة في النسب المشهور وفي الولاء المشهور، وفي الأحباس والصدقات التي تقادم أمرها إذا قال الشهود لم نزل نسمع أن هذه الدار تحاز حوز الأحباس وأن فلان ابن فلان مولى فلان مولى عتاقة ويثبت بذلك النسب والولاء. وقال ابن القاسم: لا يثبت بذلك نسب إنما يستحق به المال إلا أن يكون أمراً مشتهراً مثل نافع مولى ابن عمر. ابن عرفة: قال ابن القاسم في المدونة: شهادة السماع لا يثبت بها نسب ولا ولاء. اللخمي: ومما يثبت به القسامة السماع المستفيض مثل ما لو أن رجلاً عدا على رجل في سوق علانية مثل سوق الأحد وشبهه من كثرة الناس، فقطع كل من حضر عليه الشهادة قال: فرأى من أرضى من أهل العلم أن هذا

وَالتَّحَمُّلُ إِنْ ٱفْتُقِرَ إِلَيْهِ فَرْضُ كِفَايَةٍ، وَتَعَيَّنَ الأَدَاءُ

مسألة: عدا ابن جزّي في المواضع التي تجوز فيها الشهادة بالسماع الفاشي الحرية والله أعلم. **ص: (والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية) ش:** قال ابن عرفة: التحمل عرفاً علم ما يشهد به بسبب اختياري. فيخرج علمه دونه كمن قرع أذنه صوت مطلق ونحوه من قول يوجب على قائله حكماً. فالمعروض للتكليف به الأول لا الثاني وهو فرض كفاية. ثم قال: والأداء عرفاً إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به. وقال ابن رشد في شرح المسألة الثالثة والعشرين من رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من الجامع: من دعي أن يشهد على أمر جائز أو مستحب أو واجب فالإجابة عليه فرض من فروض الكفاية، ومن دعي أن يشهد على مكروه فيكره له أن يشهد عليه، ومن دعي أن يشهد على حرام فلا يحل له أن يشهد عليه انتهى. وقال الدماميني في كتاب الشهادات في قوله عليه الصلاة والسلام: «لا أشهد على جور». قال المهلب في الحديث: من الفقه أن الإنسان لا يضع اسمه في وثيقة لا تجوز. ومن العلماء من رأى جوازه بقصد الشهادة على الممنوع ليرد. قال ابن المنير: إنما يريد لا يضع خطه في وثيقة بظاهر الجواز مع أن الباطن باطل. وأما المساطير التي تكتب لإبطال المفاسد بصيغة الاستدراك لا البناء، فلا خلاف ولا خفاء في وجوب وضع الشهادة فيها. ولو وضع شهادته في وثيقة كتبت بظاهر الجواز والعقد فاسد زاد في خطه فقال: والأمر بينهما في ذلك محمول على ما يصححه الشرع من ذلك أو يبطله ومثل هذا الموضع لا يكاد يختلف فيه انتهى. وانظر الواضحة في الكلام على شهادة الشاهد بما لا يرى جوازه. ونقله ابن فرحون في التبصرة في فصل تنبيه القاضي على أمور عند أداء الشهادة، وتقدم كلامه عند قول المصنف: «وليخبر بها». وانظر كلام الرجراجي في أجر قسام القاضي في كتاب الشهادة فإنه تكلم على أخذ الشهود الأجرة على الشهادة. **ص: (وتعين الأداء) ش:** تصوره ظاهر.

إذا كثر هكذا وتظاهر أنه بمنزلة اللوث، انظر نظم هذه الفروع في ابن عرفة وقد عقد فصلاً في هذا في مفيد الحكام **(والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية)** ابن عرفة: التحمل عرفاً علم ما يشهد به بسبب اختياري فيخرج علمه دونه كمن قرع أذنه صوت مطلق ونحوه من قول يوجب على قائله حكماً، فالمعروض للتكليف به الأول لا الثاني وهو فرض كفاية، قال مالك في قوله تعالى ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] إنما هو من يدعى إلى الشهادة بعد أن يشهدوا ما قبل أن يشهد، فأرجو أن يكون في سعة إن كان ثم من يشهد. ابن كنانة: إن لم يجد غيره وخاف أن يبطل حقه إن لم يشهد فعليه أن يجيب. ابن رشد: الدعاء ليشهد على الشهادة ويستحفظها فرض كفاية كصلاة الجنازة، ودعي مالك إلى شهادة فلم يجب واعتذر لمن دعاه فقال: أخاف أن يكون في أمرك ما لا أرى أن أشهد عليه فيقتدي بي من حضر، فقبل منه. وحكى الشعباني أيضاً عن مالك أنه ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس ولا أن يضيفوا أحداً ولا أن يكافئوا على الهدايا **(وتعين الأداء)** ابن

مِنْ، كَبَرِيدَيْنِ، وَعَلَى ثَالِثٍ، إِنْ لَمْ يُجْتَزْ بِهِمَا، وَإِنْ انْتَفَعَ: فَجُرْحٌ، إِلاَّ رُكُوبَهُ لِعُسْرِ مَشْيِهِ وَعَدَمِ دَابَّتِهِ، لاَ كَمَسَافَةِ الْقَصْرِ. وَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ مِنْهُ بِدَابَّةٍ، وَنَفَقَةٍ،

مسألة: قال في النوادر في كتاب الشهادات: من كان يشهد بدين فشهد عنده شاهدان بقضائه أو رجل وامرأتان أنه لا يشهد قيل له فإنه أخبره شاهد واحد فوقف وقال ما تبين لي.

عرفة: الأداء عرفاً إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به وهو واجب عيناً على من لم يزد على عدد يثبت به المشهود به، وواجب كفاية على من زاد عدده عليه حاضراً كواحد من ثلاثة في الأموال وما يقبل فيه اثنان ومن خمسة فصاعداً في الزنا **(من كبريدين)** سحنون: إن كان الشهود على بريد أو بريدين ويجدون الدواب والنفقة لم يعطهم رب الحق دواب ولا نفقة، فإن فعلوا بطلت شهادتهم لأنها رشوة على شهادتهم، فإن لم يجدوا نفقة ولا دواب فلا بأس أن يكرى لهم وينفق عليهم. قال: وإن كانوا على مثل الساحل منا كتب القاضي إلى رجل يشهد عنده الشهود فيكتب بشهادتهم ولا يعني المشهود إليه بالقدوم قيل: كم بعد الساحل منا؟ قال: ستون ميلاً **(وعلى ثالث إن لم يجتز بهما)** تقدم قول ابن عرفة: الأداء واجب على من لم يزد على عدد من يثبت به المشهود به. ثم قال: من خمسة فصاعداً في الزنا **(وإن انتفع بجرح)** تقدم نص سحنون إن أعطاهم رب الحق دواب بطلت شهادتهم إلا أن لا يجدوا **(إلا ركوبه لعسر مشيه وعدم دابة)** ابن رشد: القرب الذي يلزم الشاهد الإتيان لأداء شهادته قسمان: قريب جداً تقل فيه النفقة ومؤنة الركوب، هذا لا يضر الشاهد ركوب دابة المشهود له وإن كانت له دابة ولا أكل طعامه. وغير قريب جداً تكثر فيه النفقة ومؤنة الركوب، وهذا تبطل فيه شهادته إن ركب دابة المشهود له وله دابة أو أكل طعامه عند سحنون. وقيل: لا تبطل شهادته بذلك وهو ظاهر نقل ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وهو الأظهر إن كان الشاهد لا يقدر على النفقة ولا على اكتراء دابة وهو ممن يشق عليه الإتيان راجلاً لم تبطل شهادته إن أنفق له المشهود أو اكترى له دابة. وقيل: تبطل شهادته بذلك إن كان مبرزاً في العدالة. قاله ابن كنانة.

ابن عرفة: لأن حسنات الأبراء سيئات المقربين، وعكس ابن الحاجب **(لا كمسافة القصر)** سحنون: إن كان الشهود على مثل ما تقصر فيه الصلاة فأكثر لم يشخصوا من مثل ذلك وليشهدوا عند من يأمرهم القاضي في تلك البلاد ويكتبوا بما شهدوا به عنده إلى القاضي **(فله أن ينتفع بدابة ولفقة)** ابن رشد: إن كان الشاهد من البعد بحيث لا يلزمه الإتيان لأداء الشهادة وليس للقاضي من يشهد عنده بموضعه الذي هو به فلا يضره أكل طعام المشهود له وإن كان له مال، ولا ركوب دابته وإن كانت له دابة. وإن احتجب السلطان عن الشاهد لم يضره إنفاق المشهود له مدة انتظاره إن لم يجد من يشهد على شهادته وينصرف. وقيل: تبطل شهادته بذلك وهو الأظهر ذكر انتهى. انظر حكم الانتفاع على الأداء ولم يذكره على التحمل. وقال ابن عرفة: في جواز أخذ العوض على التحمل خلاف واستمر عمل الناس اليوم بإفريقية وغيرها على أخذ الأجرة على تحملها بالكتب فيمن انتصب لها وترك التسبب المعتاد من أجلها وهو من المصالح العامة، وعلى هذا فتكون الأجرة معلومة

وَحَلَفَ بِشَاهِدٍ فِي طَلَاقٍ، وَعِتْقٍ؛ لاَ نِكَاحٍ. فَإِنْ نَكَلَ: حُبِسَ، وَإِنْ طَالَ: دُيِّنَ، وَحَلَفَ عَبْدٌ، وَسَفِيهٌ مَعَ شَاهِدٍ؛ لاَ صَبِيٌّ

انتهى ص: **(وحلف بشاهد في طلاق وعتق)** ش: يريد أو امرأتين قاله في التوضيح. ونقل ابن عرفة عن المدونة: وتكلم في شهادة النساء من قرابتها في ذلك قولين: مذهب المدونة أنها لا تجوز فانظره ونص على ذلك في أواخر العتق الثاني من المدونة. وانظر في ابن عرفة أيضاً إذا شهد شاهد في زنا أو قذف أو سكر ونحوه. ص: **(وحلف عبد وسفيه مع شاهده)** ش: فإن

مسماة ويجوز بما اتفقا عليه من قليل أو كثير ما لم يكن المكتوب له مضراً للكاتب إما القصر القاضي الكتب عليه لاختصاصه بموجب ذلك، وإما لأنه لم يجد بذلك الموضع غيره فيجب على الكاتب أن لا يطلب فوق ما يستحق، فإن فعل فهي جرحة، وإن لم يوافق الكاتب المكتوب له ففيه نظر، وهو عمل الناس اليوم وهو عندي محمل الهبة على الثواب. فإن أعطاه قدر أجر المثل في ذلك لزمه قبوله وإلا كان مخيراً في قبول ما أعطاه وتمسكه بما كتب له إلا أن يتعلق بذلك حق للمكتوب له فيكون فوتاً ويجبر له على أجر المثل **(وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح فإن نكل حبس وإن طال دين)** ابن شاس: الباب الرابع في الشاهد واليمين. ابن عرفة: المذهب أن اليمين مع الشاهد في الحقوق المالية كشاهدين. روى المحمدان إنما يجوز الشاهد واليمين في الأموال دون العتق والطلاق والحدود. ابن سحنون: والنكاح والقتل، وأما الطلاق فخامس الأقوال قول المدونة إن أقامت امرأة بطلاقها شاهداً واحداً أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق منع الزوج منها حتى يحلف. قال مالك: فإن نكل طلقت عليه مكانها وعدتها من يوم الحكم. ورُوي عنه أنه يحبس سنة فإن حلف وإلا دين وخلى مع زوجته، وبهذا أخذ ابن القاسم. وأما العتق فثالث الأقوال رواية ابن القاسم عن مالك قال: إن ادعى عبد على سيده أنه أعتقه فلا يمين له عليه، ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد إلا حلف سيده ولا امرأة إلا حلفت زوجها كل يوم. فإن أقام العبد شاهداً أو امرأتين ممن يقبلان في الحقوق فإنه لا يحلف العبد ولكن يحلف السيد، فإن نكل العبد ثم رجع فقال يسجن، فإن طال سجنه دين والطول سنة. وأما النكاح فمن المدونة: من ادعى نكاح امرأة فأنكرت فلا يمين عليها كما لو ادعت امرأة أن زوجها طلقها لم يكن عليه يمين، ولو أقام مدعي النكاح شاهداً لم يكن على المرأة يمين ولا تحبس له ولا يثبت النكاح إلا بشاهدين. ابن يونس: وقد اختلف فيمن أقامت عليه شاهداً بعد الموت، فابن القاسم يقول: تحلف وترث. وأشهب يقول: لا يصح الميراث إلا بعد ثبوت النكاح والنكاح لا يثبت بشاهد. انتهى من ابن يونس. وقال ابن عرفة: قياسه في المدونة النكاح على الطلاق فيه نظر لتقرر دعوى الطلاق دون النكاح. وانظر إذا أقام شاهداً أنه شتمه قال مالك: لا يحلف معه وكذلك أيضاً إذا قذفه وفي هذا ثلاثة أقوال. ابن عرفة: وفي القصاص من جراح العمد بالشاهد واليمين ثالثها فيما صغر من الجراح لا فيما عظم كقطع اليد. انظره بعد هذا عند قوله: «ومن أقام شاهداً على جرح» **(وحلف عبد وسفيه مع شاهده لا صبي)** ابن عرفة: إن كان ما شهد به الشاهد حقاً لسفيه فطريقان. ابن القاسم: يحلف

وَأَبُوهُ، وَإِنْ أَنْفَقَ وَحَلَفَ مَطْلُوبٌ لِيُتْرَكَ بِيَدِهِ، وَأُسْجِلَ لِيَحْلِفَ؛ إِذَا بَلَغَ كَوَارِثِهِ قَبْلَهُ؛ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ نَكَلَ أَوَّلاً، فَفِي حَلِفِهِ: قَوْلاَنِ. وَإِنْ نَكَلَ اكْتَفَى: بِيَمِينِ الْمَطْلُوبِ الأُولى.

نكل السفيه وحلف المطلوب ثم رشد السفيه، فهل له أن يحلف الآن مع شاهده أم لا؟ قولان. قال ابن القاسم: لا يحلف. وأما العبد فقال ابن عرفة: قال اللخمي: إن كان بمال وهو مأذون له فهو كالحر إن نكل حلف المطلوب وبرىء ولا مقال لسيده، وإن كان غير مأذون له حلف

مع شاهده بخلاف الصبي فإن نكل حلف المطلوب وبرىء، فإن نكل غرم. قال أصبغ: كالعبد والذمي. ومن المدونة: إن شهد النساء لعبد أو لامرأة فإنه يحلف ويستحق، وأما إن شهد الصبي فإنه لا يحلف حتى يبلغ. ابن المواز: ويحلف له المطلوب فإن نكل غرم وإن حلف ترك حتى يكبر الصبي فيحلف ويستحق. ابن يونس: قال بعض فقهائنا: فإن مات الصبي قبل بلوغه فلورثته أن يحلفوا ويستحقوا ويقومون مقام الصبي لو كبر. قال ابن القاسم في المدونة: وإذا شهد النساء لرجل أن فلاناً أوصى له بكذا جازت شهادتهن بذلك مع يمينه كما لو شهد له بذلك رجل واحد قال: وامرأتان في ذلك ومائة امرأة سواء، يحلف الطالب معهن ويستحق ولا يحلف مع امرأة واحدة. وقال اللخمي: اختلف إذا شهد شاهد لصبي بمال فقال محمد: يحلف المشهود عليه ويترك حتى يحتلم الصبي فيحلف مع شاهده ويستحق، وإن شهد شاهد لسفيه حلف معه الآن ويستحق لأنه مخاطب بالشرع وهو كالرشيد في اليمين، واختلف إذا نكل فقال ابن القاسم: يحلف المطلوب ويبرأ ولا يحلف السفيه إذا رشد. ابن رشد. وكذلك البكر المولى عليها تنكل عن اليمين مع شاهدها فلا يمين عليها إذا رضي حالها **(وأبوه وإن أنفق)** روى محمد: إن أقام شاهد لطفل بدين لم يحلف معه أبوه. قيل: وإن لزمته نفقته؟ قال: ما أظن ذلك له. اللخمي: اختلف إذا كان للصبي أب فصار للصبي مال فأراد الأب أن يحلف لأجل نفقته على الابن فقال مالك: لا أظن ذلك له يريد لأن اليمين للصبي فقد يتورع عنها ولا يحلف. وله أيضاً أنه يحلف **(وحلف مطلوب ليترك بيده وسجن ليحلف إذا بلغ)** ابن المواز: إذا قام للميت شاهد بدين ووارثه صغير حلف المطلوب، فإن حلف ترك حتى يكبر الصبي فيحلف ويستحق. قال: أو يكتب له القاضي قضيته بما صح عنده ويشهد على ما ثبت عنده من شهادة الشاهد لينفذه له من بعده من القضاة مات شاهده بعد ذلك أو فسق، فإن نكل المطلوب غرم مكانه ولم يحلف الصغير إذا كبر. ابن عرفة: مشهور مذهب مالك أن الصغير إذا انفرد بالحق أن المطلوب يستحلف له. وقاله ابن القاسم ورواه الأخوان، وعليه فيسجل الإمام شهادة الشاهد خوف موته أو طرو جرحته **(كوارث قبله)** تقدم قول بعض شيوخ ابن يونس: إن مات الصبي قبل البلوغ حلف ورثته **(إلا أن يكون نكل أولاً ففي حلفه قولان)** تقدم نقل ابن المواز إن نكل المطلوب غرم مكانه ولم يحلف الصغير إذا كبر. ابن رشد: ولا خلاف في هذا فانظر أنت ما معنى قول خليل **(وإن نكل اكتفى بيمين المطلوب الأول)** الباجي: إذا قلنا يحلف المطلوب فإن حلف بقي الحق عنده، معيناً كان أو في الذمة، حتى يبلغ الصبي فيحلف مع شاهده ويستحق معه، فإن فات المعين فقيمته يوم الحكم به، فإن نكل الصبي بعد بلوغه فالمشهور أن المطلوب لا يحلف لأنه قد كان حلف بناء على أن يمين المطلوب

وَإِنْ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ، ثُمَّ أَتَى بِآخَرَ: فَلاَ ضَمَّ، وَفِي حَلِفِهِ مَعَهُ، وَتَحْلِيفِ الْمَطْلُوبِ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ: قَوْلاَنِ. وَإِنْ تَعَذَّرَ يَمِينُ بَعْض: كَشَاهِدٍ بِوَقْفٍ عَلَى بَنِيهِ وَعَقِبِهِمْ، أَوْ عَلَى الْفُقَرَاءِ: حَلَفَ، وَإِلاَّ فَحُبُسٌ. فَإِنْ مَاتَ، فَفِي تَعْيِينِ مُسْتَحِقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ الأَوَّلِينَ أَوِ الْبَطْنِ الثَّانِي: تَرَدُّدٌ،

....

يمين استحقاق. ويحتمل أن يقول: يمين المطلوب لتوقف الحق بيده فقط فيحلف الآن يمين الاستحقاق وهذا أصل متنازع فيه، راجع ابن عرفة. قال ابن المواز: ولا يحلف الصغير إذا بلغ حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن به. وقال مالك: يحلف كما يحلف الوارث على ما لم يحضر وهو لا يدري شهد له بحق أم لا، فيحلف معه على خبره ويصدقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد له به الشاهدان من مال وغيره وهو لا يعلم بذلك إلا بقولهما. ابن عرفة: ففي شرط حلفه مع شاهده بتيقنه أو ظنه قولا محمد ومالك **(وإن حلف المطلوب ثم أتى بآخر فلا ضم وفي حلفه معه ويحلف المطلوب إن لم يحلف فقولان)** الباجي: من نكل عن الحلف مع شاهده فحلف المطلوب ثم وجد الطالب شاهداً آخر ففي المدونة: لا يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول. وقاله ابن القاسم. قال ابن الماجشون: وقال مالك: يضم هذا الشاهد للشاهد الأول ويقضى له به ابن كنانة: هذا وهم إنما قال هذا مالك فيمن أقامت شاهداً على طلاقها فحلف الزوج ثم وجدت شاهداً آخر فإنه يضم إلى الأول لأنه لم يوجد منها نكول. الباجي: وإذا قلنا بأن لا يضم ففي الموازية: يؤتنف له الحكم فيحلف مع شاهده. وقال ابن كنانة: لا يحلف الآن لأنه قد كان أيضاً نكل قبل. وقاله أيضاً ابن القاسم. وعلى حلفه إن نكل ثانية ففي الموازية: ترد اليمين ثانية على المطلوب لأنه إنما أسقط بالأولى شهادة الأول. وقال ابن ميسر: لا ترد عليه ثانية لأنه حلف على هذا الحق مرة. ابن مرزوق: في هذه المسألة أربعة أقوال **(وإن تعذر يمين ببعض كشاهد بوقف على بنيه وعقبهم أو على الفقراء حلف وإلا حبس فإن مات ففي تعيين مستحقه من بقية الأولين أو البطن الثاني تردد)** لم يتهيأ لي في الوقت أن أحصل ما تكون به الفتوى في هذه المسألة، ولم أفهم كلام خليل فانظره أنت. قال ابن القاسم وأشهب: شهادة واحد بحبس في السبيل أو وصية فيه أو ليتامى أو لمن لا يعرف بعينه ساقطة ليس لأحد ممن ذكر أن يحلف مع الشاهد. ابن عرفة: وظاهر الروايات عدم حلف المشهود عليه على إبطال شهادة الشاهد لعدم تعين طالبه خلافاً للمازري واللخمي. وقال ابن القاسم: إن شهد شاهد بوصية بعتق ومال لرجل حلف الموصى له بالمال ولم يقض له إلا بما فضل عن العتق لأنه يقال للحالف من أهل الوصايا إن كانت الشهادة حقاً إنما لك مع العتق ما فضل عنه. وقال ابن رشد: لو كانت شهادته لمن لا يحصره العدد كآل فلان ومساكين آل فلان وشبهه، ففي استحقاقهم حقهم بحلف جلهم وسقوط الحلف في هذا قولان قائمان من المدونة. وقال ابن الحاجب: لو كانت اليمين ممكنة من بعض ممتنعة من بعض كالشاهد بوقف على بنيه وعقبهم بطناً بعد بطن، فروى مطرف أنه إذا حلف واحد ثبت الجميع، وروى ابن الماجشون إذا حلف الجل. وقال محمد وغيره: كمسألة الفقراء. وقيل: يثبت لمن حلف نصيبه فلو مات ففي تعيين مستحقه من بقية الأولين أو البطن الثاني أو من حلف أبوه خلاف ثم في

وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى حَاكِم قَالَ: ثَبَتَ عِنْدِي؛ إِلاَّ بِإِشْهَادٍ مِنْهُ. كَأَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ رَآهُ يُؤَدِّيهَا؛ إِنْ غَابَ الأَصْلُ، وَهُوَ رَجُلٌ

واستحق فإن نكل حلف سيده واستحق ثم نقل عن ابن رشد نحوه ص: **(ولم يشهد على حاكم قال ثبت عندي إلا بإشهاده)** ش:

مسألة: قال الباجي في المنتقى: اختلف قول مالك في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة، فروى ابن القاسم عن مالك: يمنعان من الشهادة ولا يعجلان فإن اصطلح المتداعيان وإلا فليؤديا الشهادة. وروى عنه ابن نافع: لا أرى بامتناعهما من الشهادة بأساً. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم وكذلك شهادة من توسط بين اثنين، اهـ من ترجمة الشهادات. وذكر في النوادر القولين في الترجمة الثانية من كتاب الشهادات، وزاد في القول الأول: كنت أحب أن لا يقبلا يعني أن لا يدخلا على الشرط المذكور. ثم قال بعد أن ذكر قول ابن نافع: قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وإذا أدخلا بينهما رجلين على أن لا

أخذه بغير يمين قولان. انظر ابن عرفة **(ولم يشهد على حاكم قال ثبت عندي إلا بإشهاده)** من المفيد قال ابن القاسم: من سمعته يقول أشهد أن لفلان على فلان مائة دينار ولم يشهدك فاشهد بما سمعت إن كنت سمعته يؤديها عند الحاكم للحكم بها وإلا فلا، حتى يشهدك إذ لو علم أنك تنقلها عنه لزاد أو نقص ما ينقصها، وإنما تشهد بما سمعت من قذف أو عتق أو طلاق بخلاف الحقوق. قال مطرف: لا تشهد بقول القاضي قد ثبت لفلان عندي كذا حتى يشهدك على ذلك نصاً أو يشهدك القاضي على قبول شهادته. وقاله ابن القاسم **(كأشهد على شهادتي)** ابن رشد: شهادة الرجل بما سمعه دون إشهاد من المشهود عليه ثلاثة أقسام: الأول: ما سمعه منه من قذف يوجب حده أو عقوبته شهادته به مقبولة اتفاقاً. القسم الثاني: ما سمعه منه من إقرار على نفسه بحق لرجل قال ابن القاسم في المدونة: تصح وهو أحد قولي مالك في المدونة. وقوله الآخر في المدونة أيضاً لا تصح. الثالث: شهادته عليه بما سمع من شهادته على غيره بحق أو قذف أو زنا لا تجوز اتفاقاً. الباجي: من سمع رجلاً يقص شهادته لم يجز له أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك. وفي المدونة قال ابن القاسم: ومن سمع رجلاً يذكر شهادته يقول سمعت فلاناً يقذف فلاناً أو يطلق زوجته فلا يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي. قال ابن القاسم وأشهب فيمن قال عندي شهادة في كذا فلا ينقل ذلك عنه من سمعها وإن نقلها لم تقبل **(أو رآه يؤديها)** قال مطرف: من سمع رجلاً يشهد عند القاضي بشهادة ثم مات القاضي أو عزل فتجوز شهادته عليه وتكون شهادة على شهادة. وقال أصبغ: لا تجوز حتى يشهدك على ذلك أو يشهد على قبول القاضي لتلك الشهادة. ابن يونس: قول أصبغ أعدل وأشبه بظاهر المدونة. وقال ابن رشد: إن سمعه يؤديها عند الحاكم أو كان هو الحاكم فشهد به عنده أو سمعه يشهد غيره، وإن لم يشهد فالمشهور أنها جائزة **(إن غاب الأصل وهو رجل)** ابن المواز: تجوز الشهادة

بِمَكَان، لاَ يَلْزَمُ الأَدَاءُ مِنْهُ، وَلاَ يَكْفِي فِي الْحُدُودِ: الثَّلاَثَةُ الأَيَّامِ، أَوْ مَاتَ، أَوْ مَرِضَ، وَلَمْ يَطْرأْ فِسْقٌ، أَوْ عَدَاوَةٌ؛ بِخِلاَفِ جِنٍّ. وَلَمْ يُكَذِّبْهُ أَصْلُهُ قَبْلَ الْحُكْمِ؛ وَإِلاَّ مَضى بِلاَ غُرْمٍ.

يشهدا عليهما فذكرا نحو قول مالك الخ. وذكر ابن فرحون في الباب الحادي والخمسين قول ابن القاسم وقول ابن نافع، وجعل كل واحد منهما فرعاً مستقلاً وليس كذلك. ونقلهما عن المقنع لابن بطال وكلام صاحب المقنع لا يقتضي ذلك. وما ذكره الباجي عن الشيخ أبي إسحاق فالظاهر أنه اختيار منه لرواية ابن نافع، واقتصر عليه صاحب المسائل الملقوطة أعني ما ذكره الباجي عن الشيخ أبي إسحاق ونصه: شهادة المتوسط الذي يدخل بين اثنين بالصلح لا تجوز وإن استوعب كلامهما من الكافي لابن عبد البر والمنتقى للباجي الخ. ص: **(ولم يطرأ فسق أو عداوة بخلاف جن)** ش: يعني أن طروّ الفسق والعداوة على الأصل قبل أداء الفرع يبطل شهادة الفرع بخلاف طروّ الجنون على الأصل فإنه لا يبطل شهادة الفرع. وإذا طرأ على الأصل تهمة القرابة كأن يتزوج الشاهد المنقول عنه المرأة المشهود لها أو العكس فقال ابن عرفة: ولما كان تمام شهادة النقل بأداء ناقلها عنه كان طروّ مانع شهادة الأصل قبل أداء ناقلها لطروّ المانع على شاهده قبل أداء شهادته أو بعده وقبل الحكم بها والأول واضح، والثاني تقدم حكمه عن المازري، وتقدمت الرواية بأن حدوث سبب العداوة بعد تقييد شهادة الشاهد لا يمنع القضاء بها لأن أداء شهادته قبل صيرورته عدواً لا يوجب تهمة. ومنع بعض العلماء القضاء بما

على الشهادة في كل شيء وإنما ينقل عن مريض أو غائب، ولا يجوز النقل عن الصحيح الحاضر، يريد إلا النساء فإنه يجوز النقل عنهن وهن أصحاء حضور لضرورة النقل بسبب الكشفة. وأما في الحدود فلا ينقل عن البينة إلا في غيبة بعيدة، فأما اليومان والثلاثة فلا، وأما غير الحدود فجائزة في مثل هذا **(بمكان لا يلزم الأداء منه ولا تكفي في الحدود الثلاثة الأيام)** اللخمي: اختلف في حد الغيبة فقال ابن القاسم في الموازية: إن كانت الشهادة في الحدود لم تقبل إلا في الغيبة البعيدة لا في ثلاثة أيام وتجوز اليومان في غير الحدود. وقال سحنون: إن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة أو الستين ميلاً جاز النقل ولم يفرق بين مال وحد، وقد تقدم أن الستين ميلاً بالنسبة إلى الأداء بعد، انظره عند كبريدين. وقال ابن عرفة: هذه ثلاثة أقوال **(أو مات أو مرض)** ابن عرفة: شرط النقل تعذر أداء الأصل أو تعسره كموته أو مرضه أو بعد مكانه من محل الأداء **(ولم يطرأ فسق أو عداوة)** ابن عرفة: لما كان تمام شهادة النقل بأدائها نقلها عنه كان طروّ مانع شهادة الأصل قبل أدائها نقلها كطرو على شاهده قبل أداء شهادته أو بعده وقبل الحكم، والأول واضح والثاني تقدم حكمه. وقال ابن شاس: إذا طرأ على الأصل فسق أو عداوة أو ردة امتنعت شهادة الفرع **(بخلاف جن)** ابن عرفة: طرو العمى والجنون لغو في الأصل والفرع للغوهما في شهادة غير النقل **(ولم يكذبه أصله قبل الحكم وإلا مضى بلا غرم)** في العتبية قال ابن القاسم في شاهدين نقلا شهادة رجل ثم قدم فأنكر أن يكون أشهدهما أو

وَنَقَلَ عَنْ كُلٍّ: ٱثْنَانِ لَيْسَ أَحَدُهُمَا أَصْلاً. وَفِي الزِّنَا: أَرْبَعَةٌ عَنْ كُلٍّ، أَوْ عَنْ كُلِّ ٱثْنَيْنِ: ٱثْنَانِ وَلُفِّقَ نَقْلٌ بِأَصْلٍ، وَجَازَ تَزْكِيَةُ نَاقِلٍ أَصْلَهُ وَنَقْلُ ٱمْرَأَتَيْنِ مَعَ رَجُلٍ فِي بَابِ شَهَادَتِهِنَّ،

نقل عمن صار عدواً للمشهود عليه لأنه رأى ظهور عداوته يشعر بمقدمات وسوابق.

قلت: ظاهر كلام المازري أن المذهب عدم سقوط شهادة المنقول عنه بحدوث عداوته بعد سماع نقلها منه وقبل أداء نقلها كحدوث ذلك بعد أدائها للحاكم قبل نفوذ حكمه، ولا يخفى أن أداءه أدل على ثبوتها من سماعها للنقل عنه، ولذا قال ابن شاس: إذا طرأ على الأصل فسق أو عداوة أو ردة امتنعت شهادة الفرع. قال المازري: وحدوث فسق الأصل بعد سماع النقل عنه وقبل أدائه يبطل شهادته. وأشار بعض أصحابنا إلى أن الفسق إن كان مما يخفى ويكتم كالزنا أشعر بسابق متقدمات تمنع العدالة، وإن كان مما تجاهر به كالقتل لم يشعر بأنه كان قبل طرو ذلك كذلك. قال: ولو انتقل من طرأ فسقه لعدالة ففي صحة النقل عنه بالسماع منه أولاً أو بسماع منه بعد انتقاله خلاف بين الناس. اهـ كلام ابن عرفة. ص: (وإن

عنده في ذلك علم وقد حكم بها قال مالك: يفسخ. وفي سماع عيسى: الحكم ماض ولا غرم عليهما ولا يقبل تكذيبه لهما. ابن يونس: وهذا أصوب قال: ولو قدم قبل الحكم وقال ذلك سقطت الشهادة. ابن يونس: كالرجوع عن الشهادة. **(ونقل عن كل اثنان)** من المدونة قال مالك: شهادة رجلين تجوز على شهادة عدد كثير ولا ينقل أقل من اثنين في الحقوق عن واحد فأكثر، ولا يجوز نقل واحد عن واحد مع يمين الطالب لأنها بعض شهادة شاهد والنقل نفسه ليس بمال ولو أجيز ذلك لم يصل إلى قبض المال إلا بيمين، وإنما قضى النبي ﷺ في الأموال بشاهد ويمين واحدة **(ليس أحدهما أصلاً)** قال ابن القاسم في المجموعة: إذا شهد رجل في حق على علمه وشهد هو وآخر ينقلان عن رجل في ذلك الحق، فلا يجوز لأن واحد أحيا الشهادة. قال في العتبية: وتجوز شهادته على علم نفسه ولا يجوز نقله عن الآخر. وانظر إذا شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما وثالث على شهادة آخر في ذلك الحق. ونص ابن الماجشون أن ذلك أيضاً لا يجوز لأنه يرجع إلى أن واحداً أحيا شهادتهما **(وفي الزنا أربعة أو على كل اثنين اثنان)** من المدونة قال ابن القاسم: تجوز الشهادة على الشهادة في الزنى مثل أن يشهد أربعة على شهادة أربعة، أو اثنان على شهادة اثنين، واثنان آخران على شهادة اثنين آخرين حتى يتم أربعة من كل الناحيتين **(ولفق نقل بأصل)** تقدم نص المدونة عند قوله «ليس أحدهما أصلاً». وقال ابن عرفة: تتم الشهادة ببعض أصل والنقل عن باقيه بشرط عدده. قال ابن القاسم: إن شهد واحد على رؤية نفسه وثلاثة على شهادة ثلاثة فذلك تام، وكذلك لو شهد اثنان على الرؤية واثنان على شهادة اثنين، وأما واحد على رؤية نفسه واثنان على شهادة ثلاثة لم تجز، وحد شاهد الرؤية للقذف **(وجاز تزكية ناقل أصله)** من الموازية: ليس النقل على الشاهد بتعديل حتى يعدله الناقلون أو يعرفه القاضي بعدالة. أشهب: وإلا طلب منه من يزكيه **(ونقل امرأتين مع رجل في باب شهادتهن)** من المدونة قال مالك: تجوز شهادة النساء على الشهادة في الأموال وفي الوكالة على الأموال إذا كان معهن رجل، وهن وإن كثرن كرجل واحد ولا ينقلن شهادة

وَإِلاَّ قَالاَ وَهِمْنَا بَلْ هُوَ هَذَا: سَقَطَتَا، وَنُقِضَ؛ إِنْ ثَبَتَ كَذِبُهُمْ: كَحَيَاةِ مَنْ قُتِلَ، أَوْ جَبِّهِ قَبْلَ الزِّنَا؛ لا رُجُوعُهُمْ، وَغُرِمَا مَالاً وَدِيَةً، وَلَوْ تَعَمَّدَا،

قالا وهمنا بل هو هذا سقطتا) ش: هذا شروع منه رحمه الله في الكلام على الرجوع عن الشهادة. قال ابن عرفة: الرجوع عن الشهادة هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه. فيدخل انتقاله إلى شك على القول بأن الشاك حاكم أو غير حاكم. والأول قول الفاكهاني شارح المحصول، والثاني للقرافي وقيد بعد أداء شهادته وهو ظاهر الروايات. وظاهر لفظ المازري صدقه على ما قبل الأداء فعليه يحذف لفظ بعد أداء الشهادة الخ. وقال في الطراز في أثناء الجزء التاسع في ترجمة وثيقة تجريح بعداوة، لو شهد الشاهد ثم قال بالله الذي لا إله إلا هو ما شهدت إلا بالحق لكني أرجع عن شهادتي فلا يقضى بها، فأفتى بها ابن خزيمة وأصبغ بن سعيد أنه يقضى بها وليس هذا برجوع، والرجوع أن يكذب نفسه ويدخله الشك. وأفتى ابن زرب أنه لا يقضى بها لأنه إن كان رجع عن حق علمه فقد فعل ما لا يجوز له وأسقط شهادته الخ. وينبغي أن يفصل في ذلك بين العامي الذي يجهل حرمة ذلك فلا ترد شهادته وبين غيره ممن يعلم ذلك والله أعلم. ص: **(لا رجوعهم)** ش: انظر

إلا مع رجل نقلن عن رجل أو امرأة **(وإن قالوا وهمنا بل هو هذا سقطتا)** انظر هذا الإطلاق. ابن شاس: الباب السادس في الرجوع عن الشهادة. قال ابن القاسم وأشهب: إن شهدا على رجل بحق ثم قالا قبل الحكم بل هو هذا الآخر وقد وهمنا، لم يقبلا في الأولى ولا في الآخرة، ومن المدونة: لو شهدا على رجل بالسرقة ثم قالا قبل القطع وهمنا بل هو هذا الآخر، لم يقطع واحد منهما وقد خرجا من حد العدالة بإقرارهم أنهم شهدوا على الوهم والشك. سحنون: إذا رجع الشهداء قبل الحكم وقد شهدوا بحق أو واحد فإنهم يقالون ولا شيء عليهم ولا عقاب ولو اتهموا أو رجعوا لشك لأن العقوبة توجب أن لا يرجع أحد، ابن يونس: روى المغيرة أن الرسول ﷺ قال في شاهد شهد ثم رجع عن شهادته بعد أن حكم بها رسول الله ﷺ فقال ﷺ: تمضي شهادته الأولى لأهلها والآخرة باطلة. وأخذ بهذا مالك وغيره **(ولنقض إن ثبت كذبهم كحياة من قتل أو جبه قبل الزنا لا رجوعهم وغرما مالاً ودية ولو تعمدا)** ابن الحاجب: للرجوع ثلاث صور قبل القضاء فلا قضاء. فإن قال وهمنا بل هو هذا فقال ابن القاسم وأشهب: سقطتا مع الصورة الثانية بعد القضاء وقبل الاستيفاء، قال ابن القاسم: يستوفى الدم كالمال، وقال أيضاً: لا يستوفى لحرمة الدم انتهى. الصورة الثالثة بعد الاستيفاء فيغرمان الدية وغيرها إن لم يثبت عمدهما عند ابن القاسم وأشهب، وإن ثبت عمدهما فالدية لابن القاسم والقصاص لأشهب انتهى. وقال محمد: لا نص عن مالك في التغريم في الرجوع إلا أن أصحابه متفقون على تغريم ما أتلفه بالتعمد. وقد قال المازري: لا خلاف في تعلق الغرامة بهم إذا ثبت كذبهم كحياة من قتل انتهى. وقد تقدم قول ابن يونس أن مالكاً أخذ بالحديث أن الشاهد إذا رجع لا ينقض الحكم. ومن ابن عرفة ما نصه ابن عبد الحكم: لو رجعا عن رجوعهما الموجب غرمهما لم يقالا

وَلاَ يُشَارِكُهُمْ شَاهِدَا الإِحْصَانِ

قوله في كتاب القذف من المدوّنة: وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بالزور درأت الحد الخ. والله أعلم ص: **(ولا يشاركهم شاهدا الإحصان)** ش: ظاهره سواء رجعا وحدهما أو مع شهود الزنا أو مع رجوع الكل وهو المشهور. وقيل: يجب على كل واحد منهما سدس الدية وباقيها على بينة الزنا. وقيل: على كل واحد من شاهدي الإحصان ربعها وباقيها على بينة الزنا. قال المازري: ولو رجع أحد شهيدي الإحصان فعلى الأول لا غرم عليه، وعلى الثاني يغرم سدس الدية، وعلى الثاني يغرم ربعها. نقله ابن عرفة انتهى. وعلى هذا فلو

وقضى عليهما بما يقضى على الراجع، قال ابن الحاجب إثر هذا الفرع: أما لو ثبت كذبهم نقض إذا أمكن. قال ابن عبد السلام: ثبوت كذبهم عسر لأنه راجع على تجريح الشهود والمشهود عليهم بالكذب في هذه الصورة يشهدون بكذب من شهد عليهم فيها، ولهذا علق المؤلف ثبوت كذبهم على الإمكان وإليه يعود هذا الشرط لا إلى نقض الحكم. ابن عرفة قوله: «ثبوت كذبهم عسير» يرد بما أقر به أخيراً من مسألة المجبوب وبما تقدم من مسألة من شهد بقتله ثم قدم حياً، وبقولها في كتاب الاستحقاق فيمن شهدت بموته الخ، المسألة الآتية واستدلاله على ذلك بقوله إن الشرط في قول ابن الحاجب إن أمكن راجع إلى ثبوت كذبهم لا إلى نقض الحكم وهم، والحق الواضح لمن أنصف أنه رجع إلى نقض الحكم لا إلى ظهور كذبهم لأن نقضه قد لا يمكن ككونه حكماً بقتل أو قطع وقع، وقد يمكن ككونه باستحقاق ربع. ونحوه كمسألة المدونة فيمن شهدت بموته بينة فبيعت تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حياً، فإن ذكر الشهود ما يعذرون به فهذا ترد إليه زوجته وليس له من متاعه إلا ما وجد، وما بيع فهو أحق به بالثمن إن وجده قائماً، وإن لم تأت البينة بما تعذر به فذلك كتعمدهم الزور فليأخذ متاعه حيث وجده وعبده، وإن كان قد أعتق وأمته وإن كانت قد صارت أم ولد. ومن الموازية قال ابن القاسم: إن شهد رجلان بأن هذا الرجل قتل ابن هذا عمداً فقضى بقتله فقتل ثم قدم الابن حياً، غرم الشاهد أن ديته في أموالهم وإن تعمدوا ذلك، ولا شيء على الإمام ولا على عاقلته ولا على الأب. انظر البحث في هذا في ابن عرفة: ومن المدونة: وإن شهد أربعة على رجل بالزنى فرجمه الإمام ثم وجد مجبوباً لم يحد الشهود إذ لا يحد من قال للمجبوب يا زاني، وعليهم الدية في أموالهم مع وجيع الأدب وطول السجن. ومن الموازية: إن شهد رجلان على حر أنه قتل فلاناً فحكم الإمام بقتله ودفع إلى أولياء القتيل فذهبوا به ليقتلوه فرجعا وأقرا بالزور قبل أن يقتل، فقد اضطرب فيه القول؛ فقال ابن القاسم: ينفذ فيه القتل ثم رجع وقال: هذا هو القياس ولكن أقف عن قتله لحرمة القتل، وكذلك القطع وشبهه وأرى فيه العقل أحب إلي انتهى. راجع أنت هذه النصوص فإني قد أجحفت في الاختصار حتى في نقلي عن ابن الحاجب إذ ما كان القصد إلا الإشارة لما يمكن أن يكون خليل أراده، ثم مع هذا ما تحصل لي من عبارة خليل حاصل فانظره أنت **(ولا يشاركهم شاهدا الإحصان)** ابن يونس: إن شهد عليه أربعة بالزنا وشهد عليه اثنان غيرهم بالإحصان فرجم ثم رجع جميع الشهود قال ابن القاسم: الدية على شهود الزنا ولا شيء على شاهدا

فِي الْغُرْمِ: كَرُجُوعِ الْمُزَكِّي، وَأُدِّبَا فِي كَقَذْفٍ، وَحُدَّ شُهُودُ الزِّنَا مُطْلَقاً: كَرُجُوعِ أَحَدِ الأَرْبَعَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَهُ حُدَّ الرَّجِع فَقَطْ، وَإِنْ رَجَعَ اثْنَانِ مِنْ سِتَّةٍ؛ فَلاَ غُرْمَ، وَلاَ حَدَّ؛

رجعا وحدهما فلا شيء عليهما على الأول المشهور والله أعلم. ص: (كرجوع المزكي) ش: يعني أن رجوع المزكيين عن تزكية من زكوه لا توجب عليهم غرماً، وظاهره سواء رجعا وحدهما أو مع شهود الأصل وهو كذلك. قال في النوادر: من كتاب ابن سحنون قال سحنون: وإن شهد رجلان بحق والقاضي لا يعرفهما فزكاهما رجلان فقبلهما القاضي وحكم بالحق ثم رجع المزكيان بالبينة وقالا زكينا غير عدلين وما لا يزكى مثله، فلا ضمان عليهما لأن الحق أخذ لغيرهما ومن لو شاء لم يشهد، ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما لم يغرم إلا الشاهدان إذ لو شاءا لم يشهدا فيهما قام الحق. قاله ابن الماجشون في كتابه. اهـ من ترجمة الرجوع عن الشهادة في التعديل والله أعلم. ص: (وإن رجع اثنان من ستة فلا غرم الخ) ش: قال في التوضيح: نحوه في كتاب محمد. وفي المدونة: إن علم بعد الرجم أو الجلد أن أحدهم عبد حد الشهود أجمع وإن كان مسخوطاً لم يحدوا واحد منهم، لأن الشهادة قد تمت باجتهاد الإمام في عدالتهم ولم تتم في العبد وتصير من خطأ الإمام، فإن لم يعلم الشهود كانت الدية في الرجم على عاقلة الإمام، وإن علموا فذلك على الشهود في أحوالهم ولا شيء

الإحصان، وبهذا قال أصبغ وسحنون (كرجوع المزكي) سحنون: إذا شهد رجلان بحق والقاضي لا يعرفهما فزكاهما رجلان وقبلهما القاضي فحكم بالحق ثم رجع المزكيان وقالا: زكينا غير عدلين فلا ضمان عليهما، لأن الحق بغيرهما أخذ. ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما لم يغرم إلا الشاهدان لأن بهما قام الحق (وأدبا في كقذف) قال سحنون: إذا شهد على رجل أنه قذف رجلاً أو شتمه أو لطمه أو ضربه بسوط فجلده القاضي في القذف وأدبه فيما يجب عليه الأدب ثم رجع الشهود وأقروا بالزور، فليس في هذا عند جميع أصحابنا غرم ولا قود ولا حد معروف إلا الأدب من السلطان، ولا تقع المماثلة في اللطمة ولا ضرب السوط بأمر يضبط ولا أرش لذلك وإنما فيه الأدب (وحد شهود الزنا مطلقاً) ابن الحاجب: للرجوع ثلاث صور: قبل الحكم وبعده وقبل الاستيفاء وبعده ويحدون في شهادة الزنا في الصور كلها (كرجوع أحد الأربعة قبل الحكم وبعده حد الراجع وحده فقط) من المدونة: إن رجع شهود الزنا بعد الرجم حدوا وكانت الدية في أموالهم، وإن رجع واحد جلد وحده وغرم ربع الدية، وإن رجع قبل الرجم والجلد جلد الأربعة، وكذلك إن ظهر أن أحدهم عبد أو مسخوط. ولو قضى برجم أو بجلد ثم تبين أن أحدهم عبد فإنهم يحدون كلهم، وإن كان أحدهم مسخوطاً لم يحد واحد منهم لأنها شهادة تثبت باجتهاد الإمام على ظاهر العدالة، والعبد لم تكن شهادته تثبت وذلك خطأ من الإمام. فإن لم يعلم الشهود فذلك على عاقلة الإمام، وإن علموا فذلك على الشهود في أموالهم (وإن رجع اثنان من ستة فلا غرم ولا حد) من كتاب ابن المواز وغميره: إن شهد ستة على رجل بالزنى فرجم بشهادتهم ثم رجع منهم واحد أو اثنان وأقرا بتعمد الزور، فلا شيء

إلاَّ إنْ تَبَيَّنَ أَنْ أَحَدَ الأَرْبَعَةِ عَبْدٌ فَيُحَدُّ الرَّاجِعَانِ وَالْعَبْدُ، وَغَرِمَا فَقَطْ رُبُعَ الدِّيَةِ، ثُمَّ إنْ رَجَعَ ثَالِثٌ: حُدَّ هُوَ وَالسَّابِقَانِ، وَغَرِمُوا رُبُعَ الدِّيَةِ، وَرَابِعٌ فَنِصْفُهَا، وَإِنْ رَجَعَ سَادِسٌ بَعْدَ فَقْءِ عَيْنِهِ، وَخَامِسٌ بَعْدَ مُوضِحَتِهِ، وَرَابِعٌ بَعْدَ مَوْتِهِ: فَعَلَى الثَّانِي خُمُسُ الْمُوضِحَةِ مَعَ سُدُسِ الْعَيْنِ: كَالأَوَّلِ، وَعَلَى الثَّالِثِ: رُبُعُ دِيَةِ النَّفْسِ فَقَطْ، وَمُكِّنَ مُدَّعٍ رُجُوعاً مِنْ بَيِّنَةٍ: كَيَمِينٍ إنْ أَتَى بِلَطْخٍ، وَلاَ يُقْبَلُ رُجُوعُهُمَا عَنِ الرُّجُوعِ.

على العبد في الوجهين. فإن قيل: هل ما في الكتابين مخالف فيتخرج في المسألتين خلاف أم

على من رجع من حد ولا غرم لأنه قد بقي أربعة أثبتوا أنه زانٍ وعلى من رجع الأدب، ثم إن رجع بعد ذلك واحد من الأربعة غرم هو والراجعان قبله ربع الدية بينهم أثلاثاً مع الحد على كل واحد منهم، سواء رجعوا معاً أو مفترقين، ولا أدب عليهم مع الحد ثم إن رجع آخر لزمه ربع الدية يشاركه فيه كل من رجع ويشاركهم فيما غرموا فيصير نصف الدية بينهم أرباعاً، ثم إن رجع ثالث لزمه أيضاً ربع الدية يشترك فيه كل من رجع فتكون ثلاثة أرباع الدية بينهم أخماساً **(إلا إن يتبين أن أحد الأربعة عبد فيحد الراجعان والعبد وغرما فقط ربع الدية)** في الموازية: لو شهد ستة بزنا رجل فرجع اثنان وظهر أن أحد الأربعة الذين لم يرجعوا عبد حد الراجعان وغرما ربع الدية، لأن الحد أقيم بأربعة بطل أحدهم لكونه عبداً والذي بطلت شهادته لو كان حراً رجع عن شهادته حد وغرم ربع الدية، ولا غرم على العبد لأنه لم يرجع عن شهادته ويحد لكونه قذف من لم يثبت زناه بأربعة شهداء، ولا يلزم الثلاثة الأحرار حد ولا غرم. راجع ابن عرفة **(ثم إن رجع ثالث حد هو والسابقان وغرموا ربع الدية ورابع فنصفها)** تقدم النص بهذا أول المسألة **(وإن رجع سادس بعد فقء عينه وخامس بعد موضحته ورابع بعد موته فعلى الثاني خمس الموضحة مع سدس العين كالأول وعلى الثالث ربع دية النفس فقط)** محمد: إن شهد ستة على محصن بالزنا فأمر الإمام برجمه فلما فقئت عينه في الرجم رجع واحد. ثم عادوا في رجمه فأوضحه موضحة، ثم رجع ثان ثم تمادوا في رجمه حتى قتل، ثم رجع الثالث فلو لم يرجع هذا الثالث لم يكن على من رجع قبله شيء فأرى على الراجع الأول سدس دية العين، وعلى الثاني خمس دية الموضحة وسدس دية العين، وعلى الراجع بعد قتله ربع دية النفس فقط لأن دية النفس تأتي على ما قبل ذلك **(ومكن مدع رجوعاً من بينة كيمين إن أتى بلطخ)** ابن الحاجب: إن ادّعى أنهما رجعا مكن من إقامة البينة، فإن طلب يمينهما أنهما لم يرجعا فقولان. وقال ابن المواز وابن سحنون: إن ادّعى المقضى عليه أن الشاهدين عليه رجعا عن شهادتهما وأنكر، فإن لم يأت بلطخ فلا يمين له عليهما، وإن أتى بلطخ حلفا وبرئا، وإن نكلا حلف المدعي وأغرمهما ما أتلفاه له بشهادتهما، وإن نكل فلا شيء عليهما، ولو أقام عليهما شاهدين بإقرارهما بعد الحكم أنهما شهدا بزور فليغرما ما شهدا به ويغرمان أرش الجراح ولا ينظر إلى رجوعهما بعد الإقرار **(ولا يقبل رجوعهما عن الرجوع)** هذه عبارة ابن الحاجب وأعقبها بقوله: أما لو ثبت كذبهم نقض فانظره عند قوله «ونقض إن ثبت كذبهم» وعبارة ابن شاس: لو رجعا عن الرجوع لم يقالا بل يقضي عليهما على

وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ بِكَذِبِهِمْ، وَحَكَمَ: فَالْقِصَاصُ وَإِنْ رَجَعَا عَنْ طَلَاقٍ: فَلَا غُرْمَ: كَعَفْوِ الْقِصَاصِ؛ إِنْ دَخَلَ، وَإِلَّا فَنِصْفُهُ: كَرُجُوعِهَا عَنْ دُخولِ مُطَلَّقَةٍ، وَاخْتَصَّ الرَّاجِعَانِ

لا؟ قيل: يحتمل أن يقال: مسألة المدونة انتقض الحكم فيها لظهور كون الراجع من الشهود عبداً، وإذا انتقض وجب حد الثلاثة الباقين. وأما مسألة الموازية فإن الحكم لم ينتقض لأن قصارى الأمر أنه شهد خمسة وأقيم الحد فرجع اثنان وذلك غير موجب لنقض الحكم، فلهذا لم تحد الثلاثة الباقون. فإن قلت: كان ينبغي على ما في الموازية أن يسقط الحد عن العبد. قلت: قذف العبد للمشهود عليه سابق على حد الزنا فلعله إنما كان مطالباً به وقد ظهرت الشبهة في زنا المشهود عليه برجوع بعض الشهود استصحب القذف ووجب حد العبد والمسألة مع ذلك مشكلة. انتهى. ص: **(وإلا فنصف)** ش: يعني وإن رجع الشاهدان بالطلاق عن شهادتهما وكانت المرأة غير مدخول بها فعليها نص الصداق. قال ابن عبد السلام: والمصنف نص في المدونة على أنهما يغرمان نصف الصداق وسكت عمن يستحقه. قال ابن عرفة: وفيها

الراجع التمادي في رجوعه. ووجه ذلك أن رجوع الشاهد عن شهادته ليس بشهادة وإنما هو إقرار على نفسه بما أتلف بشهادته **(فإن علم الحاكم بكذبهم وحكم فالقصاص)** المازري: لو أن القاضي علم بكذب الشهود فحكم بالجور وأراق هذا الدم كان حكمه حكم الشهود إذا لم يباشر القتل بنفسه بل أمر به من تلزمه طاعته. ابن عرفة: اتبع ابن شاس المازري في هذا، وقد قال في المدونة: إن أقر القاضي أنه رجم أو قطع الأيدي أو جلد تعمداً للجور أقيد منه، وهو ظاهر في أن القود يلزم القاضي إن لم يباشر. وقد يفرق بين مسألة المازري ومسألة المدونة راجع ابن عرفة **(وإن رجعا عن طلاق فلا غرم كعفو القصاص إن دخل وإلا فنصفه)** أما رجوعهما عن طلاق فقال في المدونة: إذا رجعا في عتق أو طلاق أو دين أو قصاص أو حد أو غير ذلك فإنهما يضمنان قيمة المعتق. وفي الطلاق إن دخل بالزوجة فلا شيء عليهما، وإن لم يدخل ضمنا نصف الصداق للزوج ويضمنان الدين ويضمنان العقل في القصاص في أموالهما. انتهى نص ابن يونس. وقال عياض: عندنا في الأصل ضمنا نصف الصداق حمله أكثر الشيوخ إن غرمه الزوج، وحمله غير واحد إن غرمه للمرأة. وأما رجوعهما عن عفو القصاص فقال ابن الحاجب: لو رجعا في شهادة الطلاق وأقرا بالتعمد نفذ، ثم إن كانت مدخولاً بها فلا غرم عليهما كشهادة عفو القصاص. ابن عرفة: قال سحنون: إذا رجعا عن شهادتهما بعفو ولي الدم عن قاتل وليه بعد الحكم بإسقاط القود لم يضمنا شيئاً، ولا قصاص على القاتل. وشبهه في الموازية برجوعهما عن الطلاق. سحنون: ويجلد القاتل مائة ويحبس سنة ويؤدب الشاهدان. وقال ابن عبد الحكم: يغرما الدية لأن له في أحد قولي مالك أن يأخذ الدية **(كرجوعهما عن دخول مطلقة)** ابن عرفة: قول ابن الحاجب لو رجعا في شهادة الدخول في مطلقة غرما نصف الصداق وهو نص الجلاب: لو شهدا على رجل في زوجة له أنه دخل بها وطلقها وهو مقر بالنكاح والطلاق ومنكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما غرما له نصف الصداق والذي لزمه بشهادتهما **(واختص الراجعان**

بِدُخُولِ عَنْ الطَّلَاقِ، وَرَجَعَ شَاهِدا الدُّخُولِ عَلَى الزَّوْجِ بِمَوْتِ الزَّوْجَةِ: إِنْ أَنْكَرَ الطَّلَاقَ، وَرَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهِمَا بِمَا فَوَّتَاهُ مِنْ إِرْثٍ، دُونَ مَا غَرِمَ وَرَجَعَتْ عَلَيْهِمَا بِمَا فَوَّتَاهُ مِنْ إِرْثٍ وَصَدَاقٍ، وَإِنْ

إن رجعا بعد قضاء قاضٍ عن شهادتهما بالطلاق قبل البناء فعليهما نصف الصداق. عياض: كذا قيدنا في الأصل. قال بعض الشيوخ: لم يبين لمن هذا النصف وحمله أكثر الشيوخ على أن غرمه للزوج، وكذا جاء مفسراً في كتاب العشور من الأسمعة، وحمله غير واحد على أن غرمه للمرأة ليكمل لها صداقها الذي أبطلاه عليها بالفراق قبل الدخول، وعليه اختصر المسألة القرويون قالوا: وهو مقتضى النظر والقياس لأن غرمه للزوج لا وجه له إذ النصف عليه متى حصل الفراق قبل الدخول، وأشهب وسحنون لا يريان عليهما من المهر شيئاً انتهى. ونحوه في التوضيح وابن عبد السلام إلا أن هذا أتم. قال في التوضيح بعد ذكر خلاف الشيخ المتقدم. وانظر كلامه في المدونة على كل من التأويلين فإنه مبني على خلاف ظاهر المذهب أن المرأة تملك بالعقد نصف الصداق. وأيضاً فإنه لا يلتئم مع ما في المسألة الآتية بعد هذه وهي قوله: «ولو رجعا في شهادة الدخول في مطلقة لغرما نصف الصداق». وأيضاً فإنه مخالف انتهى. واعلم أن قوله: «على كل من التأويلين» ليس بظاهر لأنه على التأويل الثاني لا مخالفة فيه لقولهم إنها تستحق بالعقد النصف ويلتئم مع المسألة الثانية بلا كلام فتأمله. وعلى التأويل الأول فهو جارٍ على القول بأنها لا تملك بالعقد شيئاً وهذا القول أحد المشهورين في كلامه في المختصر. وذكر في التوضيح أن صاحب الجواهر وابن راشد القفصي صرحا بأنه المشهور فاعلم ذلك والله أعلم. ص: **(بما فوتاها من إرث وصداق)** ش: يعني نصف الصداق ص: **(وإن كان عن تجريح أو تغليظ شاهدي طلاق أمة)** ش: يجوز في «تجريح» التنوين بل الغالب في

بدخول عن الطلاق ورجع شاهدا الدخول على الزوج بموت الزوجة إن أنكر الطلاق ورجع الزوج عليهما بما فوتاه من إرث دون ما غرم ورجعت عليهما بما فوتاها من إرث وصداق) انظر إتيانه بالضمير في «عليهما». ابن الحاجب: إن شهد اثنان بالطلاق واثنان بالدخول فالأكثر لا غرامة على شاهدي الطلاق ويرجع شاهدا الدخول على الزوج بموت الزوجة إذا كان منكراً طلاقها، ويرجع الزوج على شاهدي الطلاق بما فوتاه من الميراث دون ما غرم لها، وترجع الزوجة عليهما بما فوتاها من الميراث والصداق. ابن سحنون: ولو غرم شاهدا البناء لرجوعهما ثم ماتت الزوجة رجعا على الزوج بما غرما، لأن إنكاره طلاقها والبناء بها يوجب أن موتها في عصمته قبل البناء وذلك موجب عليه كل الصداق. ابن شاس: إذا شهد شاهدان على أنه طلق قبل البناء فقضى عليه بنصف الصداق على قول ابن القاسم، ثم مات الزوج فرجع الشاهدان عن شهادتهما فإنهما يغرمان للمرأة ما حرماها من ميراثه وما أسقطا من صداقها، وإن كان إنما ماتت هي لرجع الزوج عليهما بميراثه فقط لا بشيء مما غرم من الصداق. وهذا الجواب إذا كان كل واحد من الزوجين منكراً ما شهد به من الطلاق. **(وإن كان عن تجريح أو تغليظ شاهدي طلاق أمة غرما للسيد ما نقص بتزويجها)** ابن الحاجب: لو رجعا عن تجريح

كَانَ عَنْ تَجْرِيحٍ أَوْ تَغْلِيطِ شَاهِدَيْ طَلَاقِ أَمَةٍ: غَرِمَا لِلسَّيِّدِ مَا نَقَصَ بِزَوْجِيَّتِهَا، وَلَوْ كَانَ بِخُلْعٍ بِثَمَرَةٍ، لَمْ تَطِبْ، أَوْ آبِقٍ: فَالْقِيمَةُ حِينَئِذٍ عَلَى الأَحْسَنِ، وَإِنْ كَانَ بِعِتْقٍ غَرِمَا قِيمَتَهُ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ،

مثله الذي لا يحتاج إلى شرط، ويجوز حذف التنوين للإضافة لأن شروط ذلك موجودة والله أعلم.

تنبيه: قال ابن عبد السلام: وهذا الصحيح إذا كان السيد مدعياً للطلاق أو غير مكذب للشهود، وإن كان مكذباً للشهود فلا يرجع على شاهدي التجريح بشيء لأنه موافق لها فيما شهدا به والله أعلم. ص: **(فالقيمة حينئذ كالإتلاف)** ش: يعني بقيمة الثمرة على الرجاء والخوف وقيمة الآبق والبعير الشارد على أقرب صفتهما، فإن ظهر أنه كان ميتاً قبل الخلع لم يكن عليهما شيء، ولو ظهر أنه أصابه عيب قبل الخلع لم يلزمهما إلا قيمته كذلك، ويستردان ما يقابل العيب. قاله ابن عبد السلام وابن عرفة وبعضه في التوضيح ص: **(بلا تأخير للحصول فيغرم القيمة حينئذ)** ش: يشير بهذا إلى القول الثاني الذي يقول تؤخر الغرامة حتى تجد الثمرة ويوجد الآبق والشارد فتؤخذ القيمة حينئذ. ابن عرفة: قال محمد: بل قيمتها يوم جذها الزوج انتهى. وقال ابن الحاجب: وقال محمد: يؤخرالجميع للحصول فيغرمان ما يحصل. انتهى ص: **(على الأحسن)** ش: راجع إلى القول الأول ويشير إلى قول ابن راشد القفصي وقول عبد الملك أقيس. انتهى من التوضيح والله تعالى أعلم. ص: **(وإن كان بعتق غرما قيمته)** ش: وإن كان الرجوع عن شهادة بعتق بعد الحكم به نفذ ذلك، سواء كان المعتوق عبداً أو أمة. ابن عرفة عن كتاب ابن سحنون: إلا أن الأمة إن علمت أن البينة شهدت بزور فلا يحل لها أن تبيح فرجها،

أو تغليظ شاهدي طلاق أمة غرما للسيد ما نقص ويردها زوجة. ابن عرفة: من له أمة ذات زوج شهد شاهدان بطلاقها والسيد يدعيه فقضى له ثم شهد شاهدان على الشاهدين بما أسقط بشهادتهما من أنهما زورا شهادتهما أو كانا غائبين عن البلد الذي شهدا به فأثبت القاضي النكاح ثم رجع الشاهدان أخيراً، فعليهما غرم ما بين قيمتها ذات زوج وقيمتها خالية منه **(ولو كان بخلع بثمرة لم يطلب أو بآبق فالقيمة حينئذ كالإتلاف بلا تأخير للحصول فيغرم القيمة حينئذ)** ابن الحاجب: لو رجعا عن الخلع بثمرة لم يبد صلاحها فقال ابن الماجشون: يغرمان قيمتها على الرجاء والخوف كمن أتلفها وفي العبد الآبق يغرمان القيمة. وقال محمد: يؤخذ الجميع للحصول فيغرمان ما يحصل انتهى. ونحو هذا نقل ابن يونس أيضاً قائلاً: وإلى هذا رجع محمد يعني أنهما يغرمان لها قيمة الثمرة يوم يجدها الزوج ويقبضها، وكذلك إن خالعها على عبد آبق أو بعير شارد أو جنين في بطن أمه ثم رجعا لم يلزمهما غرم إلا من بعد خروج الجنين وقبضه وبعد وجدان العبد الآبق والجمل الشارد وقبضهما، فيغرمان لها قيمة ذلك يومئذ على الأحسن. انظر أنت هذا **(وإن كان بعتق غرما قيمته وولاؤه له)** من المدونة: إن رجعا بعد الحكم وقد شهدا بعتق ضمنا قيمة المعتق. ابن عرفة: ذكر الشيخ مسألة المدونة من كتاب ابن سحنون بلفظ: فإن كان السيد مقيماً على الجحد فله قيمة العبد على الشاهدين ويبقى ولاؤه له

وَهَلْ إِنْ كَانَ لأَجَلٍ يَغْرَمَانِ الْقِيمَةَ وَالْمَنْفَعَةُ إِلَيْهِ لَهُمَا، أَوْ تُسْقَطُ مِنْهَا الْمَنْفَعَةُ، أَوْ يُخَيَّرُ فِيهِمَا؟ أَقْوَالٌ. وَإِنْ كَانَ بِعِتْقِ تَدْبِيرٍ: فَالْقِيمَةُ، وَاسْتَوْفَيَا مِنْ خِدْمَتِهِ. فَإِنْ عَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ فَعَلَيْهِمَا، وَهُمَا أَوْلَى؛ إِنْ رَدَّهُ دَيْنٌ، أَوْ بَعْضَهُ: كَالْجِنَايَةِ. وَإِنْ كَانَ بِكِتَابَةٍ فَالْقِيمَةُ، وَاسْتَوْفَيَا مِنْ نُجُومِهِ، وَإِنْ رُقَّ: فَمِنْ رَقَبَتِهِ، وَإِنْ كَانَ بِإِيلَادٍ فَالْقِيمَةُ، وَأَخَذَا مِنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا، وَفِيمَا اسْتَفَادَتْهُ: قَوْلَانِ،

....

لأن من أعتق عبداً عن رجل فالولاء للرجل. راجع ابن عرفة **(وهل إن كان لأجل فيغرمان القيمة والمنفعة إليه لهما أو تسقط منها المنفعة أو يخير فيها أقوال)** من كتاب ابن سحنون: إن شهدا أنه أعتق عبده إلى سنين فقضى بذلك ثم رجعا فعليهما لسيده قيمته حالة ويطلبان ذلك في قيمة العبد فيؤاجراه أو يستخدماه، فإن قبضا ما أديا قبل الأجل رجع العبد يخدم سيده إلى الأجل، وإن تم الأجل ولم يتم ما أديا فلا شيء لهما مما بقي. وقال ابن عبد الحكم: يغرمان قيمته مسقطاً منها قيمة خدمته. ابن المواز: وإن قال السيد بعدما أغرمه قيمته أنا لا أسلمه إلى الشاهدين ولكن أنا أستخدمه وأدفع إليهما ما يحل على من خدمته فذلك له، فالسيد مخير بين أن يسلمه إليهما ليأخذا من خدمته ما أديا أو يحبسه ويدفع إليهما كلما حصل من خدمته إلى مبلغ ما أديا. انتهى **(وإن كان بعتق تدبير فالقيمة وليستوفيا من خدمته)** نحو هذا هي عبارة ابن الحاجب. قال سحنون: لو شهدا على رجل أنه دبر عبده فقضى بذلك والسيد ينكر ثم رجعا وأقرا بالزور فليتعجل منهما قيمة العبد ويقال لهما: ادخلا فيما أدخلتماه فاقتضيا من الخدمة التي أبقيتما في يده ما أديتما ثم رجع بقية خدمته لسيده. وانظر لو شهدا أنه بتل عتق مدبره. ابن المواز: لو شهدا أنه أعتق مدبره فقضى بتعجيل عتقه ثم رجعا فعليهما قيمته للسيد لأنهما أتلفاه عليه، ولأنها إن كانت أمة كان له وطؤها ويقضي بها دينه بعد موته **(فإن عتق بموت سيده فعليهما وهما أولى إن رده دين أو بعضه)** ابن المواز: فإن مات السيد وهما في الخدمة التي صارت لهما قبل أن يستوفيا وخرج من ثلثه عتق ولا شيء لهما غير ما أخذا، وإن لم يخرج إلا بعضه فالشاهدان أحق بما رق منه حتى يستوفيا ما بقي لهما، فإن فضل من ثمن ما رق منه شيء بعد ذلك فهو لورثته ولم يربحا فيما أديا **(كالجناية)** سحنون: لو مات المدبر قبل أن يستوفيا وترك مالاً أو قتل لأخذا من ماله أو قيمته ما بقي لهما، وإن لم يترك شيئاً فلا شيء لهما **(وإن كان بكتابة فالقيمة واستوفيا من نجومه وإن رق فمن رقبته)** سحنون: إن شهد أنه كاتب عبده فقضى بذلك ثم رجعا وأقرا بالزور، فالحكم ماض وليؤديا قيمته ناجزة للسيد يوم الحكم ويتأديانها من الكتابة على النجوم، فإن اقتضيا منها مثل ما أديا رجع السيد فأخذ باقي الكتابة منجمة، فإن أداها عتق، وإن عجز رق له، وإن عجز قبل أن يقبض الراجعان ما أديا. نقل ابن عرفة أنه يباع لهما منه تمام ما بقي لهما منه، فإن عجز عن تمامه لهما فلا شيء لهما، هذا قول ابن عبد الحكم. قال ابن المواز: وبه أقول وعليه أصحاب مالك، وما قاله ابن القاسم غير معقول، راجع ابن عرفة وابن يونس **(وإن كان بإيلاء فالقيمة وأخذ من أرش جناية عليها وفيما استفادته قولان)** من كتاب ابن المواز: إن شهدا على رجل أنه أولد جارية أو أنه أقر أنها ولدت منه فحكم عليه بذلك ثم رجعا، فعليهما قيمتها للسيد ولا شيء

وَإِنْ كَانَ بِعِتْقِهَا: فَلاَ غُرْمَ، أَوْ بِعِتْقِ مكَاتَبٍ: فَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَ بِبُنُوَّةٍ؛ فَلاَ غُرْمَ، إِلاَّ بَعْدَ أَخْذِ الْمَالِ بِإِرْثٍ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ عَبْداً: فَقِيمَتُهُ، أَوَّلاً، ثُمَّ إِنْ مَاتَ وَتَرَكَ آخَرَ: فَالقِيمَةُ لِلآخَرِ، وَغَرِمَا لَهُ نِصْفَ

وإن لم تعلم فذلك لها انتهى. وإن استمر السيد مقيماً على الجحد وطلب من الشاهدين الراجعين قيمة المشهود بعتقه غرما قيمته انتهى **ص: (وإن كان ببنوة فلا غرم إلا بعد أخذ المال بإرث) ش:** تصوره من شارحه ظاهر.

تنبيهان: الأول: انظر لو كان الابن صغيراً يلزم الأب نفقته، فهل يرجع الأب على الشاهدين بالنفقة؟ لم أر فيه نصاً، والظاهر الرجوع وهو الذي يظهر من كلام البساطي والله أعلم. الثاني قوله: «بإرث» احترز به مما لو أخذه بدين له أو غصب أو غير ذلك فلا غرم على الشاهدين. قاله البساطي. **ص: (وترك آخر) ش:** تصوره واضح. ولم يفرع المؤلف على ما إذا تركه فقط ولم يترك ولداً آخر، وذكره ابن الحاجب فقال: ولو لم يترك غير المستلحق والمال مائتان وكانت القيمة المأخوذة مائة، أخذ المستحق مائة وبيت المال مائة ثم غرم الشاهدان مائة أخرى التي فوتاها. فلو طرأ دين مائة أخذت من المستحق ورجع الشاهدان بمائة على من غرماها له انتهى. وانظر لو طرأ دين أكثر من مائة. هل يؤخذ الفاضل على المائة التي بيد الولد من مائة القيمة التي بيد الورثة أو بيد نائب بيت المال؟ لم أر الآن التصريح به والظاهر الأخذ أخذاً من المسألة التي بعد هذه في كلام المؤلف بالأحروية، وإنما تركوا التصريح به لوضوحه

لهما وهي أم ولد للسيد يطؤها ويستمتع بها ولم تبق فيها خدمة ولا يرجعان فيها بما غرما إلا أن تجرح أو تقتل فيؤخذ لذلك أرش، فلهما الرجوع في ذلك الأرش بمقدار ما أديا والفضل للسيد. قال محمد: ولا يرجعان فيما تستفيد من مال بعمل أو هبة أو بغير ذلك وذلك للسيد مع ما أخذ، وقال سحنون: يرجعان في الأرش في كل ما تستفيده **(وإن كان بعتقها فلا غرم)** ابن المواز: إن شهدا في أم ولد رجل أنه أعتقها فحكم بذلك ثم رجعا فقال أشهب وعبد الملك: لا شيء على الشاهد لأنه لم يبق له فيها غير الوطء ولا قيمة له كما لو شهدا أنه طلق امرأته ثم رجعا، وأن السفيه يعتق أم ولده فيجوز ذلك. وقال ابن القاسم: على الشاهدين قيمتهما للسيد كما لو قتلها رجل، والقول الأول أقوم وأوضح. **(أو بعتق مكاتبه فالكتابة)** سحنون: إن شهد المكاتب أن سيده قبض منه كتابته وأعتقه أو شهدا على أنه أسقط عنه كتابته وخرج حراً فقضى بذلك ثم رجعا، فليغرما للسيد ما أتلفا عليه مما كان على المكاتب كان ذلك عيناً أو عرضاً. قال في كتاب ابن المواز: يؤديانه على النجوم. وقاله عبد الملك انتهى نقل ابن يونس. **(وإن كان ببنوة فلا غرم إلا بعد أخذ المال بإرث)** من كتاب ابن سحنون: من ادعى أنه ابن فلان والأب ينفيه فأقام بينة أن الأب أقر إنه ابنه فحكم بذلك ثم رجعا قبل موت الأب، فلا شيء عليها في النسب قبل أن يرث ويمنع العصبة وحينئذ يغرمان للعصبة ما أتلفا **(إلا أن يكون عبداً فقيمته أولاً ثم إن مات وترك آخر فالقيمة للآخر وغرما له نصف الباقي)** من كتاب ابن المواز: وإن شهدا على رجل أنه أقر في عبده أنه ابنه فقضى بإلحاق نسبه وحريته ثم رجعا والسيد

الْبَاقِي. وَإِنْ ظَهَرَ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ: أُخِذَ مِنْ كُلٍّ النِّصْف، وَكُمِّلَ بِالقِيمَةِ، وَرَجَعَا عَلى الأَوَّلِ بِمَا غَرِمَهُ الْعَبْدُ لِلْغَرِيمِ،

والله أعلم. ص: **(أخذ من كل نصفه وكمل بالقيمة)** ش: ويؤخذ منه لغز وهو أن ذكرين يأخذ أحدهما ثلث تركة والده والآخر الثلثين، وإن طرأ دين على أبيهما غرماه بالسوية هي هذه المسألة إذا فرض مخلف الأب ثلثمائة، فمائة للقيمة وللدين الطارىء مائتان فأقل والله أعلم. قال البساطي: وإنما قدم الوفاء من المال على القيمة لأنه محقق للميت بخلاف القيمة والله أعلم. ص: **(ورجعا على الأول بما غرمه العبد للثاني)** ش: بما غرمه العبد للغريم كقول ابن الحاجب بما غرمه المستلحق للغريم، ولو عبر المؤلف بالملحق كما فعل ابن الحاجب لكان أوضح، لكن الشارح عبر عن هذا المعنى كما عبر ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح بقولهما ثم يرجع الشاهدان على الثابت النسب بما غرماه له لأنهما إنما غرماه له بسبب إتلافهما له بشهادتهما. فلما وجب الدين وجبت التركة له فلم يتلفا شيئاً انتهى. وهو غير وافٍ بشرح كلام المؤلف كما ترى. وحاول البساطي شرح هذا المعنى فقال بعد أن شرح كلام المؤلف بما شرحوه به. فإن قلت: عبارته ليس معناها ما حللتما به وهو ظاهر. قلت: إنما عدل عن ذلك إلى قوله: «بما غرمه العبد للغريم»، لأن الدين قد لا يستغرق التركة فلا يخرج من يد الابن الثاني جميع ما أخذ، بل يبقى شيء فلا يرجعان على الأول بما يلزم الثاني للغريم انتهى. وهو ظاهر إلا أن فرض مسألة المؤلف وابن الحاجب إنما هو طرو دين مستغرق فلا يلائم حينئذ ما قاله البساطي. ويظهر لي شيء وإن ساعده النقل كان حسناً وهو أن الابن المستلحق لما أخذ نصف المال غير القيمة قد يستهلك بعضه قبل ظهور الدين، فإذا ظهر الدين فلا يوجد في يده

صحيح البدن، فالحكم بالنسب ماض وعليهما للسيد قيمة العبد، فإن مات الأب بعد ذلك وترك ولداً آخر مع المستلحق فليقتسما تركته إلا قيمة المستلحق التي أخذ الأب من الشاهدين فإنها تعزل من التركة فتكون لابن الأول وحده، لأن المستلحق يقول إن أباه ظلم فيها الشهود وأنه لا ميراث له فيها، وينظر ما حصل للمستلحق من الميراث غير القيمة فيغرم الشاهدان مثله للابن الأول بما أتلفاه عليه. قال محمد: وإنما جعلنا القيمة للابن الأول لأنا لو اقتسمناها بينهما لرجع الشاهدان على المستلحق بما أخذ منها فأخذاه منه لأنه مقر أنه لا رجوع لأبيه عليهما لصحة نسبه، فإذا أخذ ذلك منه قام عليهما الابن الأول فأخذ ذلك منهما، لأنه يقول لو بقي ذلك بيد المستحق وجب له الرجوع بمثله عليكما أن تغرما كل ما أخذ لي من تركة أبي لأنكما الحقتماه بأبي **(وإن ظهر دين مستغرق وأخذ من كل نصفه وكمل بالقيمة ورجعا على الأول بما غرمه العبد للغريم)** قال محمد: فلو طرأ على الميت دين مائة دينار فليأخذ من كل واحد من الوالدين نصفها، فإن عجز ذلك أتم قضاء ذلك الدين من تلك القيمة التي انفرد بها الأول ورجع الشاهدان على الابن الثابت فأغرماه مثل الذي غرمه المستلحق للغريم. ابن يونس: لأنهما قد كانا غرما له مثل ما أخذ المستلحق والذي أخذ المستلحق قد قضى بها دين الأب

وَإِنْ بِرِقٍ لِحُرٍّ فَلاَ غُرْمَ، إِلاَّ لِكُلِّ مَا آسْتُعْمِلَ، وَمَالِ آنْتُزِعَ، وَلاَ يَأْخُذُهُ الْمَشْهُودُ لَهُ، وَوُرِثَ عَنْهُ، وَلَهُ عَطِيَّتُهُ، لاَ تَزَوج، وَإِنْ كَانَ بِمَائَةٍ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو، ثُمَّ قَالاَ لِزَيْدٍ: غَرِمَا خَمْسِينَ لِعَمْرو فَقَطْ،

إلا بعض المال وهو معسر فيأخذ الغريم منه ما وجده في يده، فالظاهر هنا أن الشهود لا يرجعان على الأول إلا بما دفعه المستلحق للغريم لأنه قد أتلف بشهادتهما بعض المال فتأمله وحرر النقل فيه والله أعلم. ص: **(وإن كان برق لحر فلا غرم)** ش: قال في التوضيح في الرجوع عن الشهادة فيما إذا رجعا عن الشهادة بعبودية شخص: ويتخرج على ما أنفق عليه فقهاء قرطبة في أيام القاضي ابن بشير فيمن باع حراً وتعذر رجوعه وفسخ البيع أن عليه الدية أن يكون هنا عليه الدية انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: هذا يناقض ما ذكره اللخمي وابن رشد. قال في سماع عبد الملك من جامع البيان: من باع حراً وغاب فعليه طلبه حتى يرده، فإن عجز عن رده فقيل يغرم دية للورثة. وكتب بها إلى القاضي بقرطبة فجمع أهل العلم وكتب لقاضيه الذي سأله إن أغرمه دية كاملة. قلت: وحكاه اللخمي رواية لابن حبيب في ترجمة غصب ما لا يجوز بيعه، وكان يجري الجواب عن المناقضة بأن تسبب الشاهدين في رقه أهون من تسبب البائع في رقه لاستقلال بائعه برقه وعدم استقلال الشاهدين برقه لمشاركة مدعي رقه لهما في ذلك انتهى. ونحوه لابن عبد السلام ولم ينقل في التوضيح الجواب واقتصر على ما تقدم، ويأتي من هذه المسألة وفروعها ألغاز كثيرة ظاهرة من لفظها والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ من كتاب ابن سحنون: إن شهدا على رجل أنه عبد لمن ادعاه والمدعى عليه يجحد فحكم برقه ثم قاطعه المحكوم عليه بمال أخذه منه وأعتقه أو كاتبه عليه فأدى وعتق ثم أقر بالزور غرماً للمشهود عليه ما أدى للسيد والحكم ماضٍ والولاء قائم انتهى. ص: **(وله عطيته)** ش: يحتمل أن يكون المصدر مضافاً للمفعول فيكون المعنى أن ما

ولا ميراث للابن الثابت إلا ما فضل عن الدين. وأيضاً فهو كما لو لم يأخذ المستحق شيئاً لكن يجب عليهما غرم ذلك للثابت، فلذلك وجب أن يرجعا به عليه **(وإن كان برق لحر فلا غرم وإلا لكل ما استعمل ومال انتزع ولا يأخذه المشهود له وورث عنه وله عطيته لا تزوج)** ابن عبد الحكم: إن شهدا على رجل أنه عبد فلان وهو يدعي الحرية فقضى برقه ثم رجعا، فلا قيمة عليهما ويغرمان للعبد كل ما استعمله سيده وخراج عمله وما انتزعه منه، وليس لمن قضى بملكه أخذه له ذلك منه لأنه عوض ما أخذه منه. ولو مات العبد لم يرث ذلك السيد ولكن يوقف ذلك حتى يستحق ذلك المستحق ثم يرثه بالحرية، وإن أوصى منه العبد كان ذلك في الثلث، وإن وهب منه أو تصدق جاز ذلك ويرث باقيه ورثته إن كان له من يرثه إن كان حراً، وليس للعبد ثم أن يتزوج منه لأن النكاح ينقص رقبته **(وإن كان بمائة لزيد وعمرو ثم قالا لزيد غرما خمسين لعمرو فقط)** انظر هذا إنما يغرمانها للمقضي عليه. نقل ابن يونس عن ابن عبد الحكم أنه إن شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان وفلان بمائة دينار فقضى بذلك لهما ثم رجع الشاهدان فقالا إنما شهدنا بها لأحدهما وسمياه،

وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا: غَرِمَ نِصْفَ الْحَقِّ كَرَجُلٍ مَعَ نِسَاءٍ، وَهُوَ مَعَهُنَّ فِي الرَّضَاعِ: كَاثْنَتَيْنِ،

أعطى له يكون له لا للسيد، وأن يكون مضافاً للفاعل وهو الظاهر يعني به وله عطيته أي المال يعني أن له أن يعطى من ذلك المال الذي تحت يده والله أعلم. قال ابن عرفة: وإن أعتق من هذا المال عبداً جاز عتقه وكان ولاؤه بعده لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حراً، ولا يرثه العبد إن مات ومعتقه حي. قلت: كذا وجدته في نسخة عتيقة من النوادر وأنه لا يرثه العبد إن مات ومعتقه حي وهو مشكل إن أريد بالعبد المرجوع عن الشهادة برقه وقد عتق إلا أن يريد بقوله: «ومعتقه حي» أن المعتق هو من أعتقه العبد المرجوع عن شهادته فتأمل ذلك انتهى. ونقله صاحب الذخيرة على خلاف ذلك ونصه: ولو أعتق العبد قبل موته من هذا المال عبداً فإن ولاءه بعد ذلك لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حراً ويرثه العبد إن مات ومعتقه حي انتهى. وهو كذلك في الجواهر.

تنبيه: وصاياه في هذا المال نافذة من الثلث. قاله في الذخيرة والله أعلم. ص: **(وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق)** ش: فلو ثبت الحق بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد، فهل يلزمه نصف الحق أو الحق كله؟ اختلاف في ذلك وهو على الخلاف في القضاء بالحق هل هو مستند للشاهد فقط واليمين استظهاراً أو مستنداً للشاهد واليمين معاً واليمين كالشاهد الثاني. قاله في التوضيح في تعارض البينتين في ترجيح الشاهدين على الشاهد واليمين، وذكر الخلاف في اليمين مع الشاهد ابن فرحون في تبصرته انتهى. ص: **(وهو معهن في الرضاع كاثنتين)** ش: فإن قيل: كيف يتصور الغرم في الرضاع والحال أنهما إن شهدا بالرّضاع قبل الدخول انفسخ النكاح بلا مهر، وإن شهدا به بعد الدخول فالمهر للوطء، وإنما فوتا بشهادتهما العصمة وهي لا قيمة لها كما تقدم في الطلاق. فالجواب أنه يتصور ذلك بعد موت الزوج أو الزوجة،

فللمقضى عليه بالمائة أن يرجع عليهما بخمسين لأنهما أقرا أنهما أخرجاها من يده إلى يد من لا حق له فيها، ولا تقبل شهادتهما للآخر أن المائة كلها له لأنهما مجرحان برجوعهما ولا عليهما أن يغرما له شيئاً لأنه إن كان له حق فقد بقي على من هو عليه. وليس قول من قال إنهما يغرمان خمسين له شيء لأنهما له إنما أخذا خمسين من مال المطلوب فأعطياها من لا شيء له عليه. اهـ من ترجمة الرجوع عن الشهادات من ابن يونس **(وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق)** هذه مسألة أخرى ذكرها ابن يونس في ترجمة دعوى الرجوع على البينة عن ابن القاسم أنه إن رجع أحد الشهيدين عن شهادته بحق بعد الحكم غرم نصف الحق فقط **(كرجل مع نساء)** سحنون: لو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الشاهد وامرأة على الرجل بنصف الحق وحده ولا تضم المرأة إلى رجل وإنما تضم إلى مثلها واثنان منهما فأكثر رجل عدل، فلو رجع الرجل والنسوة كلهم لزم الرجل نصف الحق والنسوة نصفه **(وهو معهن في الرضاع كاثنين)** وقد تقدم قوله في الرضاع وثبت برجل وامرأة. قال المتيطي: وهو قول مالك وابن القاسم وغيرهما.

وَعَنْ بَعْضِهِ: غَرِمَ نِصْفَ الْبَعْضِ، وَإِنْ رَجَعَ مَنْ يَسْتَقِلُّ الْحُكْمُ بِعَدَمِهِ: فَلاَ غُرْمَ، فَإِذَا رَجَعَ غَيْرُهُ: فَالجَمِيعُ، وَلِلْمُقْضِيِّ عَلَيْهِ: مُطَالَبَتُهُمَا بِالدَّفْعِ لِلْمَقْضِيِّ لَهُ وَلِلْمَقْضِيِّ لَهُ ذَلِكَ، إِذَا تَعَذَّرَ مِنَ

فيغرم الشاهدان للباقي من الزوجين ما فوتاه من الإرث ويغرمان للمرأة بعد موت الزوج ما فوتاها من الصداق، وإن شهدا بالرضاع قبل الدخول فيتصور ذلك قبل الدخول من جهة المرأة على القول بأنهما يغرمان نصف الصداق إذا شهدا بطلاق غير المدخول بها ثم رجعا، ويتلمح

انظره مع هذا. ابن الحاجب: لو كان مما يقبل فيه امرأتان كالرضاع ونحوه ورجعوا فعلى الرجل سدس وعلى كل امرأة نصف سدس. ابن عرفة: يريد أن الشهود رجلان وعشر نسوة. كذا صورها ابن شاس وذكر فيها من الحكم مثل ما ذكره ابن الحاجب: قال ابن هارون: جعلوا على الرجل ضعف ما على المرأة وفيه، فانظر والقياس استواء الرجل والمرأة في الغرم في هذا الفصل لأن شهادة المرأة فيه كشهادة الرجل. وقاله ابن عبد السلام. قال ابن عرفة: لا أعرف هذه المسألة لأحد من أهل المذهب إنما ذكرها الغزالي فأضافها ابن شاس للمذهب، وعليه في ذلك تعقب عام وهو إضافته ما يظنه أنه جار على المذهب إلى المذهب كأنه نص فيه، وتعقب خاص وهو حيث يكون الأجراء غير صحيح كهذه المسألة، وقد تقدم أن ما لا يظهر للرجال كالحيض والرضاع والاستهلال أن المرأتين العدلتين تقومان مقام العدلين. ولم ينقل ابن يونس عن مالك إلا رواية ابن حبيب عنه أنه إذا شهدت امرأة ورجل على استهلال الصبي لم تجز شهادتهما قال: وقاله ربيعة وابن هرمز وغيرهما. قال ابن حبيب: وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجل فسقطت شهادة المرأة وبقي الرجل وحده فلم تجز شهادته، وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز ذلك وهو أحب إلي. وانظر في الرضاع قد قال مالك وابن القاسم: إنه يثبت بامرأتين وبامرأة واحدة ورجل **(وعن بعضه غرم نصف البعض)** ابن القاسم وغيره: لو رجع أحد الشاهدين عن نصف ما شهدا به غرم الربع، وإن رجع عن الثلث غرم السدس **(وإن رجع من يستقل الحكم بعدمه فلا غرم فإذا رجع غيره فالجميع)** قال ابن القاسم: لو كانت البينة ثلاثة فرجع أحدهم بعد الحكم فلا شيء عليه لبقاء من يثبت الحق به، فإن رجع ثان غرم هو والأول نصف الحق بينهما بالسوية وللمقضي عليه مطالبتهما بالدفع للمقضي له **(وللمقضي له ذلك إذا تعذر من المقضي عليه)** قال في كتاب ابن المواز: إذا حكم بشهادتهما ثم رجعا فهرب المقضي عليه قبل أن يؤدي فطلب المقضي له أن يأخذ الشاهدين بما كانا يغرمان لغريمه لو أعدم قال: لا يلزمهما غرم حتى يعدم للمقضى عليه فيغرمان له حينئذ إن أقرا بتعمد الزور، ولكن ينفذ القاضي الحكم للمقضي عليه على الراجعين بالغرم هرب أو لم يهرب، فإذا عدم أغرمهما. وكما لو شهدا على رجل بحق لسنة ثم رجعا فلا يرجع عليهما حتى تحل السنة ويغرم هو، وله أن يطلب المقضي بذلك عليهما ولا يغرمان الآن، وقال ابن عبد الحكم: للمقضى عليه أن يطلب الشاهدين بالمال حتى يدفعاه عنه إلى المقضي له. انتهى نص ابن يونس. وفي الموازية: لا غرم على الراجعين عند عدم المقضى عليه لأنهما لو لم يرجعا لم يكن للمقضي له شيء لعسر المشهود عليه وهنا. انتهى كتاب الشهادات عند ابن شاس، ويتلوه عنده كتاب الدعوى والبينات ومجامع الخصومات. قال: وهي تدور على خمسة أركان: الدعوى

الْمَقْضِي عَلَيْهِ، وَإِنْ أَمْكَنَ جَمْعٌ بَيْنَ الْبَيِّنَتَيْنِ: جُمِعَ، وَإِلاَّ رُجِّحَ بِسَبَبِ مِلْكٍ. كَنَسْجٍ، وَنِتَاجٍ إِلاَّ بِمِلْكٍ مِنَ الْمُقَاسِمِ، أَوْ تَارِيخٍ، أَوْ تَقَدُّمِهِ، وَبِمَزِيدِ عَدَالَةٍ، لاَ عَدَدٍ،

ذلك من كلام ابن عبد السلام فتأمله والله أعلم. ص: **(وإن أمكن جمع بين البينتين جمع)** ش: هذا شروع منه رحمه الله في الكلام على تعارض البينتين. قال ابن عرفة: وهو اشتمال كل منهما على ما ينافي الآخر، فمهما أمكن الجمع بينهما جمع كالدليلين وتتقرر صورة الجمع بمثل قولها. ومن قال لرجل أسلمت إليك هذا الثوب في مائة أردب حنطة، وقال الآخر بل هذين الثوبين بثوبين سواه في مائة أردب، وأقاما جميعاً البينة، لزمه أخذ الثلاثة في مائتي أردب. ولو قال المسلم إليه أسلمت إليّ هذا الثوب الذي ذكرت مع العبد فيما سميت وأقاما البينة قضى

والجواب واليمين والنكول والبينة **(وإن أمكن جمع بين البينتين جمع)** ابن شاس: الركن الخامس البينة. قال: وقد ذكرت شروطها وصفاتها في الشهادات، والمقصد هاهنا في تعارض البينتين، ومهما أمكن الجمع بينهما جمع. ابن عرفة: تتقرر صور الجمع مثل قولها من قال لرجل أسلمت إليك هذا الثوب في مائة أردب حنطة وقال الآخر بل هذين الثوبين لثوبين سواه في مائة أردب حنطة وأقاما جميعاً البينة، لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائة أردب **(وإلا رجح بسبب ملكه كنسج ونتاج إلا بملك من المقاسم)** انظر هذا مع ما يتقرر. قال ابن القاسم في دابة ادعاها رجلان وليست بيد أحدهما فأقام أحدهما البينة أنها نتجت عنده وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من المقاسم، فهي لمن اشتراها من المقاسم بخلاف من اشتراها من سوق المسلمين لأن هذه تسرق وتغصب ولا تحاز على الناتج إلا بأمر يثبت، وأمر المغنم قد استوقن أنها خرجت من ملكه بحيازة المشركين. ولو وجدت في يد من نتجت عنده وأقام هذا بينة أنه اشتراها من المغانم أخذها منه أيضاً، وكان أولى بها إلا أن يشاء أن يدفع إليه ما اشتراها به ويأخذها. قاله سحنون. وقال أيضاً: لو أقام رجل بينة أن هذه السلعة ملكه وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من السوق كانت لذي الملك. اللخمي: والشهادة بالملك أن تطول الحيازة. ومن المدونة: لو أن أمة ليست بيد أحدهما أتى أحدهما ببينة أنها له لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه بشيء وأقام الآخر بينة أنها له ولدت عنده لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه بشيء، قضي بها لصاحب الولادة. قال في المدونة أيضاً: والنسج مثل الولادة. ولابن سحنون: البينة بالملك تقدم على البينة بالنسج ويقضى لمن شهد له بالنسج بقيمة عمله بعد حلفه ما علمه باطلاً. ومن المدونة أيضاً: إذا أقام كل واحد من الحائز والمدعي بينة على نتاج أو نسج كان ذلك لمن هو بيده عند تكافؤ البينة **(أو تاريخ)** ابن شاس: إن كانت إحدى البينتين مطلقة والأخرى مؤرخة قدمت المؤرخة على المطلقة، وذكر اللخمي في هذا قولين فانظره **(أو تقدمه)** اللخمي: وإن أرختا قضى بالأقدم وإن كانت الأخرى أعدل، وسواء كانت تحت يد أحدهما أو تحت أيديهما أو تحت يد ثالث أو لا يد عليها، واختلف إذا أرخت إحداهما. انظر الشهادات من ابن يونس في ترجمة المتداعيين يقيم كل واحد منهما بينة **(وبمزيد عدالة إلا عدد)** من المدونة قال مالك: من كانت في يديه دور أو عبيد أو عروض ودراهم أو دنانير أو غير ذلك من الأشياء، فادعى ذلك رجل وأقام بينة أنها له وأقام من ذلك بيده بينة أنه له،

وَبِشَاهِدَيْنِ عَلَى شَاهِدٍ، وَيَمِينٍ، أَوِ امْرَأَتَيْنِ،

بالبينة الزائدة فيأخذ الثوب والعبد وتلزمه المائة أردب انتهى. ومسألة المدونة التي ذكرها في كتاب السلم الثاني في أواخر ترجمة دفع السلم قبل محل الأجل. وقال ابن يونس إثر قوله في المدونة: «لزمه أخذ الثلاثة إلى آخره». يريد سواء كانا في مجلس واحد أو في مجلسين انتهى. وقال في التوضيح: مثل عدم التعارض لو شهد واحد أنه أقر بمائة وآخر أنه أقر بخمسين في مجلسين انتهى. والذي رأيته في نسختين: لو شهد واحد، وصواب العبارة أن يقول بينة أو واحدة لأن ما ذكره ليس من باب تعارض البينتين في شيء. ثم قال ابن عرفة: ولابن رشد في سماع يحيى من الشهادات: إن شهدت إحدى البينتين بخلاف ما شهدت به الأخرى مثل أن تشهد إحداهما بعتق والثانية بطلاق، أو إحداهما بطلاق امرأة والثانية بطلاق امرأة أخرى وشبه هذا، فلم يختلف قول ابن القاسم بهما معاً، ورواية المصريين فإنه تهاتر من البينتين وتكاذب يحكم فيه بأعدل البينتين، فإن تكافأتا سقطتا، وروى المدنيون: يقضى بهما معاً استويتا في العدالة أو إحداهما أعدل انتهى. ثم قال: وقول ابن الحاجب: «ومهما أمكن الجمع جمع» يدل على أنه إن شهدت إحداهما بأنه طلق الكبرى والأخرى بأنه إنما طلق الصغرى أنه يجمع بينهما، وتقدم من نقل ابن رشد أنه خلاف قول ابن القاسم ورواية المصريين انتهى.

وفي كلامه نظر من وجهين: الأول: ما لزم ابن الحاجب لزمه لأنه صدر في أول كلامه بمثل ما قال ابن الحاجب كما تقدم عنه.

الثاني: فرضه هو، وما نقله ابن رشد لا يمكن الجمع فيه لأن فرض المسألتين أن البينتين في مجلس واحد وكل واحدة تنفي أن يكون تكلم لغير ما شهدت به يتبين ذلك بنقل المسألة

قضي بشهادة أعدلهما وإن كانت أقل عدداً، فإن تكافأتا في العدالة سقطتا وبقي الشيء بيد حائزه ويحلف ولا أقضي بأكثرهما عدداً لأن التكافؤ في العدالة لا في العدد حتى لو كانت بينة أحدهما رجلين أو رجلاً وامرأتين فيما تجوز فيه شهادة النساء وبينة الآخر مائة رجل فاستووا كلهم في العدالة سقطوا ويبقى الشيء بيد حائزه ويحلف، وذلك أن كل بينة أكذبت الأخرى وجرحتها سقطتا. قال غيره: ليس هذا بتجريح ولكن البينة لما تكافأت صارت كأنها لم تأت بشيء وبقيا على الدعوى. قال سحنون: ولو كان تجريحاً لم تجز شهادتهم فيما يستقبل **(وبشاهد على شاهد ويمين أو امرأتين)** أما ترجيح الشاهدين على شاهد ويمين فقال ابن حبيب: إن جاء أحدهما بشاهدين عدلين وأقام الآخر شاهداً أعدل أهل زمانه وأراد أن يحلف معه فليقض بالشاهدين، وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يقضى بشهادة الشاهدين. روى عنه أبو زيد أنه يقضى بالشاهد الأعدل مع يمين الطالب دون شهادة الشاهدين وإن كانا عدلين، وبهذا أخذ أصبغ، وكذلك في كتاب ابن المواز. انتهى من ابن يونس. وقال ابن رشد: ما في سماع أبي زيد إغراق في القياس والقول الآخر أظهر، وأما ترجيح الشاهدين على الشاهد والمرأتين فقال المازري واللخمي عن المذهب: تقدم شهادة الأعدل مع امرأتين

....

بلفظها. قال في أثناء المسألة الخامسة من رسم الصبرة من سماع يحيى: قال ابن القاسم: لو أن أربعة نفر شهد منهم رجلان على رجل أنه طلق امرأته وشهد الآخران أنه لم يتفوه في مجلسه ذلك بشيء من الطلاق ولكنه حلف بعتق غلام له سمياه، لم أر لهم شهادة أجمعين في طلاق ولا عتاق لأن بعضهم أكذب بعضاً وهو الذي سمعناه قال: وإن اختلفوا فقال بعضهم نشهد أنه طلق امرأته فلانة أو أعتق غلامه فلاناً، وقال الآخر نشهد أنه ما ذكر امرأته فلانة حتى تفرقنا وما حلف بطلاقها ولكنه حلف بطلاق امرأته فلانة يريد امرأة أخرى، أو قال نشهد ما أعتق الذي شهدتم له بالعتاقة ولكنه أعتق فلاناً غلاماً آخر، فإن الشهادة تبطل وتسقط من قول الأولين والآخرين في العتاق والطلاق على هذا النحو، لأن بعضهم أكذب بعضاً انتهى. وذكر ابن رشد في شرحها ما نقله ابن عرفة عنه فتأمله منصفاً والله أعلم بالصواب.

فرع: قال ابن عرفة في كتاب الشهادات في تعارض البينتين: قال في نوازل سحنون في كتاب الشهادات: إن شهدت بينة بقتل زيد عمراً يوم كذا وبينة بأنه كان ذلك اليوم ببلد بعيد عن موضع القتل قضى ببينة القتل. قال ابن رشد: هذا مشهور المذهب وقاله أصبغ. وقال إسماعيل القاضي: يقضى ببينة البراءة إن كانت أعدل، وإن كانتا في العدالة سواء طرحتا. وقاله ابن عبد الحكم انتهى.

قلت: قال ابن رشد في شرح هذه المسألة: قال ابن عبد الحكم في أدب القضاء الذي كنت أسمع فيما كنا نتناظر عليه مع أصحابنا أن شاهدين لو شهدا على رجل أنه أقر عندهم بعرفات يوم عرفة من العام الفلاني لرجل بمائة دينار، وشهد آخر أنه كان عندهم بمصر في ذلك اليوم بعينه أن شهادة الذين شهدوا عليه بالمائة أحق وأولى قالوا: لأن هذين شهدوا بحق ولم يشهد الآخران بحق، ولست أعرف هذا المعنى، والذي أرى إن كان الشاهدان اللذان شهدا أنه كان بمصر في ذلك الوقت أعدل أن لا يكون له شيء. ألا ترى أنه لو شهدا على رجل بحق أقر به عندهما في سنة مائتين وشهد شاهدان أعدل منهما أنه مات قبل ذلك بشهر أنه جرحة ولو كانتا في العدالة سواء لطرحتهما، وكذلك لو شهدوا أنه ولد بعد المائتين. قال ابن رشد: لكلا القولين وجه وحظ من النظر وستأتي هذه الكلمة في نوازل أصبغ فنتكلم عليها انتهى.

قلت: زاد في النوادر عن المجموعة وكتاب ابن سحنون ما نصه: قال سحنون: إلا أن يشهد مثل أهل الموسم في جماعتهم أنه أقام لهم الحج ذلك اليوم أو أهل مصر أنه صلى بهم العيد ذلك اليوم فيبطل القتل، لأن أهل الموسم لا يجتمعون على الغلط ولا يشتبه عليهم وقد يشتبه على الشاهدين وأكثر من ذلك.

قلت: ذكره لأهل الموسم وأهل مصر يقتضي أنه لا ترد شهادة الشاهدين إلا بمثل ذلك العدد، والظاهر أنه ليس مقصوداً لذاته. فإن شهد جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب،

وَبِيَدٍ، إِنْ لَمْ تُرَجَّحْ بَيِّنَةُ مُقَابِلِهِ،

فالظاهر بطلان شهادة الشاهدين ولا ينضبط ذلك بعدد، ويشهد لذلك ما ذكره ابن عرفة في الكلام على الترجيح بالعدد ونصه: وفي لغو الترجيح بالكثرة واعتباره قوله ورواية ابن حبيب وفيها لابن القاسم: لو شهد لهذا شاهدان ولهذا مائة وتكافؤا في العدالة لم ترجح بالكثرة. اللخمي والمازري: محمله على المغاياة ولو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم لقضى بهم انتهى. قال: ونص ما أشار إليه ابن رشد في نوازل أصبغ على اختصار ابن عرفة إن شهدت بينة بزنى رجل بمصر في المحرم يوم عاشوراء. وأخرى أنه كان ذلك اليوم بالعراق حد. وكذا لو شهدت بينة أنه قتل فلاناً بمصر، وشهدت أخرى أنه قتل فلاناً بالعراق قتل بهما. ابن رشد: تفرقة أصبغ هذه على قياس مشهور قول ابن القاسم أن البينتين إذا اختلفتا بالزيادة أعملت ذات الزيادة، وإن اختلفت في الأنواع سقطتا إلا أن تكون إحداهما أعدل فيقضى بها وقال أيضاً: إن اختلفتا بالزيادة سقطتا إلا أن تكون إحداهما أعدل فيقضى بها كاختلاف الأنواع. فلزم على قياس هذا إن شهدت الأخرى أنه زنى ذلك اليوم بالعراق أن تسقط إلا أن تكون إحداهما أعدل فيقضى بها، كما لو شهدت أنه سرق ذلك اليوم بالعراق وهو الذي يوجبه القياس لتكذيب كل بينة الأخرى، وتعليل أصبغ لإقامة الحد والقتل فإنه يعلم صدق إحدى البينتين غير صحيح، لأنه إذا علم أن إحداهما كاذبة واحتمل أن تكون كل واحدة منهما هي الكاذبة احتمل كذبهما معاً، وإذا احتمل كذبهما معاً أو كذب إحداهما لم يصح الحكم بأن إحداهما صادقة إلا أن تكون هي أعدل، وإلى هذا نحا ابن عبد الحكم على ما ذكرنا عنه في نوازل سحنون. ويأتي على قياس الأخوين عن مالك في البينتين إذا شهدت إحداهما بخلاف ما شهدت به الأخرى واستويا في العدالة، أنه يقضى بشهادتهما معاً أنه يحد للزنا والسرقة إذا شهدتا به معاً وهو بعيد جداً انتهى.

تنبيه: قال القرافي: ولا يقضى بأعدل البينتين إلا في الأموال. قاله في كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ونقله ابن فرحون وهو مخالف لما ذكرناه من سماع يحيى، ونقله ابن عرفة فتأمله والله أعلم. ص: (وبيد) ش: قال القرافي في كتاب الدعاوى:

تنبيه: اليد عبارة عن القرب والاتصال فأعظمها ثياب الإنسان التي عليه ونعله ومنطقته، ويليه البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها، وتليه الدابة التي هو سائقها أو قائدها والدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة لعدم الاستيلاء على جميعها. قال بعض العلماء:

على رجل عدلين، فيبقى النظر إذا استووا في العدالة؛ فحكى ابن شاس عن ابن القاسم: لا ترجيح. وقال أشهب: يقدم الشاهدان على الشاهد والمرأتين، راجع ابن عرفة. (**وبيد إن لم ترجح بينة تقابله فيحلف**) انظر قبل قوله «أو تاريخ» تقدم أيضاً نص المدونة قضى بأعدلهما فإن تكافأتا في العدالة

فَيَحْلِفُ، وَبِالمِلْكِ عَلَى الحَوْزِ؛ وَبِنَقْلٍ عَلَى مُسْتَصْحِبَةٍ،

فيقدم أقوى اليدين على أضعفهما. فلو تنازع الساكنان الدار سوى بينهما بعد أيمانهما، والراكب مع الراكب والسايق، قيل: يقدم الراكب مع يمينه. انتهى فتأمله والله أعلم ص: **(وبالملك على الحوز)** ش:.

مسألة: إذا شهد شاهدان بملك لرجل وشهدا لمن هو بيده بالحيازة، فنقل ابن سهل في مسائل الأقضية عن ابن عتاب أن شهادتهم جائزة ولا يضرها اجتماعهما فيها لأنهم شهدوا في الأمرين بعلمهم ورأوا حيازة يحتمل أن تكون بإرفاق أو توكيل أو ابتياع وليس يلزمهم الكشف عن ذلك. انتهى ص: **(وبنقل على مستصحبة)** ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر. قال في كتاب الشهادات من المدونة: ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان وأنه باعه ما ملك وأقام من هي في يده بينة أنه يملكها قضى بأعدلهما، وإن تكافأتا سقطتا وبقيت الدار بيد حائزها. أبو الحسن: لا بد من فصلين أنه ابتاعهما منه وأنه باعه ما ملك، وإذا لم يذكر في العقد إلا الشراء دون هذه اللفظة لم تعارض الحوز والبينة بل لا تعارض إلا الحوز وحده. قال ابن أبي زمنين: قف على هذه اللفظة فإنه أصل جيد وعليه تدور أحكامهم. وفائدته إذا كان في عقد الشراء عند ذكر التاريخ ثم استحقت الدار لم يحتج المشتري إلى إثبات الملك ثانية إذ قد يطول الزمان وتموت البينتان. ولو قال المشتري للبائع أعطني عقد الشراء فذلك له. وفائدته إذا طرأ الاستحقاق رجع المشتري بالثمن على من وجد منهما. وفائدته أيضاً خوف أن يدعي البائع الأوّل أنه لم يبع قط وله في الاستحقاق الرجوع على غريم الغريم وكذلك الرد بالعيب. الشيخ: والعمل اليوم على أخذ النسخة وهو الحزم. وفي النوادر: وإذا شهدت البينة بالشراء لا ينتفع إلا أن يشهدوا له بطول الملك والحوز والتصرف وأن لا منازع، سواء أثبت ذلك بشهود الشراء أو بغيرهم، سواء ذكروا الشراء أم لا. انتهى ص: **(وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز)**

سقطت وبقي الشيء بيد حائزه ويحلف. انظر قبل قوله «وبشاهدين». **(وبالملك على الحوز)** ابن شاس: لو شهدت بينة أحدهما بالملك وبينة الآخر بالحوز، قضى ببينة الملك ولو كان تاريخ الحوز متقدماً. المازري: رجح أشهب الشهادة بالملك على الشهادة بالحوز الخ. وكان بعض أشياخي يرى خلاف هذا. راجع ابن عرفة **(وبنقل على مستصحبة)** هذه عبارة ابن الحاجب قائلاً: كأخوين مسلم ونصراني ادّعى المسلم أن أباه أسلم. وقال ابن عرفة: قول ابن الحاجب تقدم الناقلة على المستصحبة هو قول مالك في المدونة: من أقامت بيده دار سنين ذوات عدد يحوزها ويمنعها ويكريها ويبنيها ويهدم وأقام رجل بينة أن الدار داره وأنها لأبيه أو جده وثبتت المواريث، فإن كان هذا المدعي حاضراً يقر أنه يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له وذلك يقطع دعواه، وإن كان غائباً ثم قدم فادعاها وثبت الأصل له، فإن كان أتى الذي بيده الدار ببينة أو سماع أن أباه أوجده ابتاع هذه الدار من القادم أو من أحد آبائه أو ممن ورثها القادم منه أو ممن ابتاعها من أحد ممن ذكرنا فذلك يقطع حق القادم منها وإن لم

وَصِحَّةُ المِلْكِ بِالتَّصَرُّفِ، وَعَدَمِ مُنَازِعٍ، وَحَوْزٍ طَالَ: كَعَشَرَةِ أَشْهُرٍ، وَأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ؛ وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى الكَمَالِ فِي الأَخِيرِ لاَ بِالاشْتِرَاءِ، وَإِنْ شُهِدَ بِإِقْرَارٍ: اسْتُصْحِبَ وَإِنْ تَعَذَّرَ تَرْجِيحٌ سَقَطَتَا، وَبَقِيَ بِيَدِ حَائِزِهِ، أَوْ لِمَنْ يُقِرُّ لَهُ،

ش: أي وشرط صحة الشهادة بالملك أن يكون ذلك لكونه رأى المشهود له يتصرف في الشيء المشهود به تصرف الملاك في أملاكهم من غير منازع. ص: **(وأنه لم يخرج عن ملكه في علمهم وتؤولت أيضاً على الكمال)** ش: قال ابن الحاجب: ويشترط في بينة الملك بالأمس

يأت الحائز ببينة يشهدون على الشراء في قريب الزمان أو على السماع في بعيده قضي بها للقادم الذي استحقها **(وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع)** سحنون: الشهادة بالملك أن تطول الحيازة وهو يفعل ما يفعل المالك لا منازع له، وإن لم تطل الحيازة لم يثبت الملك **(وحوز طال كعشر سنين)** ابن القاسم: من حاز على حاضر عروضاً أو حيواناً أو رقيقاً فذلك كالحيازة في الربع إن كانت الثياب تلبس وتمتهن والدواب تركب وتكرى والأمة توطأ، ولم يحد مالك في الرباع عشر سنين ولا غير ذلك ولكن على قدر ما يرى أن هذا حازها دون الآخر فيما يبني ويهدم ويكرى ويسكن. قال ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى وأسكن وأعار ونحوه ولا حيازة على غائب، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له». ابن حبيب: وبذلك أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ وقال: هذا في الدور والأرضين، وأما غيرها من ثياب أو حيوان أو عبد فذلك أقصر مدة وكل شيء بحسبه وقدره، فالثياب السنة والسنتان فيها حيازة إذا لبست. راجع ترجمة الشهادة على الحيازة من ابن يونس **(وإنه لم يخرج عن ملكه في علمهم)** من المدونة: سمعت مالكاً غير مرة يقول في الذي يدعي على العبد أو الثوب ويقيم بينة أنه شيئه لا يعلمه باع ولا وهب، فإذا شهدوا بهذا استوجب ما ادعاه **(وتؤولت على الكمال في الأخير)** ابن عرفة: ظاهر قول الصقلي وابن رشد زيادة البينة لا يعلمون أنه باع ولا وهب الخ. إنما هو كمال في الشهادة لا شرط وهو نص قولها في العارية، وكان ابن هارون وابن عبد السلام يحملان المدونة على قوله. انظر ابن سلمون في الاستحقاق **(إلا بالشراء)** سحنون: من حضر رجلاً اشترى سلعة من السوق فلا يشهد أنه ملكها، ولو أقام رجل بينة أنها ملكه وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق لكانت لصاحب الملك قد يبيعها من لا يملكها **(وإن شهد بإقرار استصحب)** ابن شاس: لو شهدت بملكه بالأمس ولم يتعرض للحال لم يسمع حتى يقولوا إنه لم يخرج عن ملكه في علمهم، ولو شهد أنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار ويستصحب موجبه. ابن عرفة: لا أعرف هذا **(وإن تعذر ترجيح سقطت وبقي بيد حائزه)** تقدم نص المدونة: لو كانت دار بيد رجل يدعيها فادعاها رجلان وأقام كل واحد بينة أنها له وتكافأت بينتهما، فإن الدار تبقى بيد الذي هي بيده. اللخمي: إن كانت في يد أحدهما أقرت في يده لعدم صحة دعوى الآخر ليس لأجل شهوده، وإن كانت بأيديهما لم تنزع منهما **(أو لمن يقر له)** ابن عرفة: إن تكافأت بينة لمن ادعى ما بيد ثالث فقال اللخمي: إن ادعاه لنفسه فقيل يبقى بيد حائزه لتجريح كل البينتين الأخرى. ابن عرفة: هذا قول المدونة. اللخمي: وعلى هذا القول إن اعترف به

وَقُسِمَ عَلَى الدَّعْوَى، إِنْ لَمْ يَكُنْ بِيَدِ أَحَدِهِمَا، كَالْعَوْلِ، وَلَمْ يَأْخُذْهُ بِأَنَّهُ كَانَ بِيَدِهِ، وَإِنْ آدَّعَى أَخٌ أَسْلَمَ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ فَالْقَوْلُ لِلنَّصْرَانِيِّ وَقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ، إِلاَّ بِأَنَّهُ تَنَصَّرَ، أَوْ مَاتَ إِنْ جُهِلَ أَصْلُهُ فَيُقْسَمُ كَمَجْهُولِ الدِّينِ، وَقُسِمَ عَلَى الجِهَاتِ بِالسَّوِيَّةِ؛

مثلاً أنه لم يخرج عن ملكه في علمهم. قال في التوضيح: قوله: «بالأمس» تنبيه بالأخف على الأشد، لأنه إذا اشترط هذا في أقرب الأيام الماضية مع بعد خروج الملك من يد مالكه في هذا

لأحدهما فهو لمن أقر بيده **(وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالعدل)** حكى ابن الحاجب الاتفاق على أحد الفرعين وليس كذلك، بل في كليهما الخلاف من المدونة. قال ابن القاسم: بلغني عن مالك إن تكافأت بينة المتنازعين في عفو من الأرض سقطت وبقيت الأرض كغيرها من عفو بلاد المسلمين حتى تستحق بأثبت من ذلك. ابن القاسم: مثل أن يأتي أحدهما ببينة هي أعدل من الأولى. وقال ابن القاسم عن مالك في باب بعد هذا: كل ما تكافأت فيه بينتان وليس بيد واحد منهما ولا يخاف عليه مثل الدور والأرضين يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مما أتى به صاحبه إلا أن يطول الزمان ولا يأتيا بغير ما أتيا به، فإنه يقسم بينهما لأن وقف ذلك يصير إلى الضرر. قال مالك: ما كان يخشى تغيره مثل الحيوان والرقيق والعروض والطعام فإنه يستأني به قليلاً لعل أحدهما يأتي بأثبت مما أتى به صاحبه فيقضي له به، فإن لم يأتيا بشيء وخيف عليه قسمته بينهما. ابن عرفة: وإذا وجب قسم المدعي فيه فقال ابن شاس: إن لم يكن بأيديهما قسم على قدر الدعاوى. ابن هارون: فعلى هذا إن ادعى أحدهما جميع الثوب والآخر نصفه قسم بينهما أثلاثاً، خلافاً لأشهب وعبد الملك وسحنون أن للمدعي الكل النصف لإجماعهما على ذلك، والنصف الثاني الذي تداعيا فيه بينهما نصفين. وأما إن كان بأيديهما فعزا ابن الحاجب للأكثرين أنه أيضاً كذلك يقسم على قدر الدعاوى يعول عول الفرائض، فإذا تداعى اثنان الكل والنصف فالأكثرون تعول بالنصف خلافاً لابن القاسم. ابن شاس: وفاقاً لمالك ولما ذكر ابن يونس ما قال ابن المواز وعبد الوهاب فيما إذا ادعى أحدهم جميع المال والآخر نصفه والآخر ثلثه. قال: وعلى ما ذكره ابن ميسر يضرب فيه صاحب الكل بستة أسهم، وصاحب النصف بثلاثة أسهم، وصاحب الثلث بسهمين. فيقسم المال بينهم على أحد عشر سهماً. ابن يونس: وهذا القول أبينهما وأعدلهما وإلى هذا كان يذهب جماعة شيوخنا، وهو جار على قول مالك فيمن اختلط له دينار مع مائة دينار لغيره ثم ضاع من الجملة دينار فهما شريكان، هذا بمائة جزء من مائة دينار، وهذا بجزء من دينار، وهو جارٍ على حساب عول الفرائض والوصايا كمن أوصى لرجل بمال والآخر بنصفه والآخر بثلثه فالثلث يقسم على أحد عشر سهماً باتفاق، فكذلك مسائل الدعوى **(ولم يأخذه إن شهد أنه كان بيده)** ابن الحاجب: لو شهد أنه كان بيد المدعي لم يأخذه بذلك، ولو شهد أنه عليه جعل صاحب يد **(وإن ادعى على أخ أسلم أن أباه أسلم فالقول للنصراني وقدمت بينة المسلم إلا بأنه تنصر ومات أو جهل أصله فيقسم كمجهول الدين وقسم على الجهات بالسوية)** لو قال إلا بأنه تنصر ومات فمتعارضان ويقسم كمجهول الدين لتنزل على ما يتقرر. قال ابن الحاجب: تقدم البينة الناقلة على المستصحبة إذ لا تعارض كأخوين مسلمين ونصراني

وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا طِفْلٌ، فَهَلْ يَحْلِفَانِ وَيُوقفُ الثُّلُثُ فَمَنْ وَافَقَهُ أَخذَ حِصَّتَهُ وَرُدَّ عَلَى الآخَرِ وَإِنْ مَاتَ حَلَفَا وَقُسِمَ، أَوْ لِلصَّغِيرِ النِّصْفُ وَيُجْبِرُ عَلَى الإِسْلاَمِ؟ قَوْلاَنِ

الزمان القريب، فلا يشترط في أبعد من ذلك من باب أولى، وهذا الشرط الذي ذكره هو ظاهر ما في الشهادات في المدونة وفيها: من تمام شهادتهم أن يقولوا ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه. قال مالك: وليس عليه أن يأتي ببينة تشهد على ألبت أنه ما باع ولا وهب، ولو شهدت البينة بذلك كانت زوراً وبهذا الظاهر. قال ابن القاسم: لأنه قال فإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة. وظاهر ما في العارية من المدونة أنه ليس بشرط قال: وإن شهدوا أن الدار له لم يقولوا لا نعلم أنه ما باع ولا وهب فإنه يحلف ما باع ولا وهب ولا تصدق ويقضى له. ابن عبد السلام: وقد أكثر الشيوخ هل كلامه في المدونة متناقض أم لا؟ وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين شهدوا بألبت مع إطلاقها عليها بالزور أو يفصل فيهم بين أن يكونوا من العلماء فلا تقبل، أو يكونوا من عوام الناس فتقبل، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران. والذي قاله أبو إبراهيم وأبو الحسن أن ما في الشهادة شرط كمال. أبو الحسن: إلا أن تكون الشهادة على ميت فذلك شرط صحة. ومراده بقوله: «كانت زوراً» أنها غير مقبولة ولا يختلف أنهم لا يلزمهم ما يلزم شهود الزور.

ادعى المسلم أن أباه أسلم ثم مات، فالقول قول النصراني، وتقدم بينة المسلم ولو شهدت بينة النصراني أنه نطق بالتنصر ومات فهما متعارضتان، ولو كان الميت مجهول الدين قسم بينهما كالتعارض. فلو كانوا جماعة واختلفت دعاويهم قسم المال لكل جهة نصف وإن اختلف عددهم. ابن شاس: لو كان في إحدى الجهتين جماعة وفي الأخرى واحد لكان لهم النصف وله النصف. ابن يونس: قال بعض فقهائنا: لو شهدت إحداهما بأنا رأيناه يصلي والأخرى بأنا رأيناه يؤدي الجزية ولم يؤرخا، قضي بالإرث للمسلم لأنه يمكن أن يكون كافراً وأسلم، ويحتمل أن يكون بينهما نصفين **(وإن كان معهما طفل فهل يحلفان ويوقف الثلث فمن وافقه أخذ حصته ورد على الآخر وإن مات حلفا وقسم أو للصغير النصف وهل يجبر على الإسلام قولان)** لما ذكر ابن يونس مسألة الأخ المسلم يدعي أن أباه أسلم قبل موته ونازعه أخوه الكافر قال: اختلف إن كان معهما ولد صغير فقال أصبغ: يأخذ النصف لأن كل واحد مقر أن له النصف فيعطيه نصف ما بيده فيصير له وحده النصف. وفي كتاب ابن سحنون: يحلفان ويوقف ثلث ما بيد كل واحد منهما حتى يكبر الصغير فيدعي مثل دعوى أحدهما فيأخذ ما وقف له من سهمه، فإن مات قبل أن يبلغ حلفا واقتسما ميراثه. انتهى نقل ابن يونس. ورُوي عن أصبغ: يأخذ النصف كاملاً ويجبر على الإسلام. وانظر قول خليل «يوقف الثلث» فمن وافقه أخذ صحته ورد على الآخر. قال ابن عرفة: قول ابن الحاجب يوقف ثلث ما بأيديهما فإذا كبر فمن ادعى دعواه شاركه ورد على الآخر. ظاهره أنه يأخذ نصف حظه وهو وهم إنما يأخذ الثلث الذي وقف له. كذا نقله المازري. ابن محرز: والشيخ وابن شاس انتهى. ونص ابن شاس: يوقف

وَإِنْ قَدَرَ عَلَى شَيْئِهِ: فَلَهُ أَخْذُهُ إِنْ يَكُنْ غَيْرَ عُقُوبَةٍ، وَأَمِنَ فِتْنَةً وَرَذِيلَةً وَإِنْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ لِلْغَائِبِ أُنْظِرَ،

فرع: من أقام بينة على شيء فقضي له به ثم أقام المدعى عليه بينة بخلاف ما شهدت به البينة الأولى فإنه من تعارض البينتين وينظر في أعدلهما، وكذلك إن أقام شخص بينة على شيء فقضي له به، ثم أتى آخر فأقام بينة مثل بينة الأول فإنه ينظر فيهما. قال في النوادر: في الذي يدعي الشيء فيقيم بينة فيحكم له به ثم يدعيه آخر فيقم بينة على مثل ذلك: ليس على الأوّل إعادة بينة ولا يرد الشيء إلى المقضى عليه أولاً، ولكن يقضى به لأعدل البينتين. انتهى بالمعنى من كتاب الدعوى والبينات في الترجمة المذكورة وما قبلها. وفي نوازل ابن رشد في المسألة الثالثة والثلاثين من مسائل الدعوى والخصومات نحو ذلك فانظره. ونقل البرزلي عنه في مسائل الضرر نحو ذلك ونصه: إذا ثبت حكم القاضي بقطع جري الماء في الطريق ببينة عادلة لا مدفع فيها، بطل حق أصحاب الجنات إلا أن يقدروا على قطع ضرر الطريق أو يثبتوا أنه ليس بضرر على الطريق ببينة أعدل من الأولى، أو تجريح شهود العقد الذي حكم بهم الحاكم فهم حينئذ أحق بالماء انتهى. وهي المسألة التي أشرنا إليها في نوازل ابن رشد. وفي المسألة الثامنة من مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد ما يدل على ذلك في بينة شهدت برشد شخص وحكم القاضي بترشيده، ثم بعد مدة شهدت بينة أعدل منها بأنه لم يزل متصل السفه أنه يحكم بسفهه. وذكر فيها فائدة أخرى وهي أن أفعاله من يوم حكم القاضي بترشيده إلى يوم الحكم بتسفيهه جائزة ماضية والله أعلم. ص: **(وإن قال أبرأني موكلك الغائب انتظر)** ش: هكذا في أكثر النسخ. ويعني به إذا قال المدعى عليه لوكيل المدعي قد أبرأني موكلك الغائب من الحق الذي تدعي به، فإن المدعى عليه ينظر حتى يحلف الموكل الغائب أنه ما أبرأه، وظاهره

ثلث ما بيد كل حتى يكبر فيدعي دعوى أحدهما فيأخذ ما أوقف له من سهمه ويرد للآخر ما أوقف له من سهمه. قال ابن شاس: الركن الأول من كتاب الدعوى وفيه ست مسائل **(وإن قدر على شيئه فله أخذه إن يكن غير عقوبة وأمن فتنة ورذيلة)** لا مزيد على ما تقرر في الوديعة عند قوله «وليس له الأخذ منها إلا لمن ظلمه بمثلها» **(وإن قال أبرأني موكلك الغائب انتظر في القريبة وفي البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله ويقضى له فإن حضر الموكل حلف واستمر القبض وإلا حلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه)** سمع عيسى ابن القاسم: من طلب غريم موكله بدين له عليه بذكر حق فذكر الغريم أنه دفع نصف الحق لموكله ولا بينة له، لم ينفعه ذلك وغرم جميع الحق، ولا يؤخره للقائه الغريم. ولو غرم ثم قدم رب الحق فأقر بالقبض والوكيل معدم أو موسر، لم يرجع إلا على رب الحق. ابن رشد: لم يفرق بين أن يكون الموكل قريباً أو بعيداً، وفرق ابن عبد الحكم بين قربه وبعده وهو عندي تفسير. ثم ذكر الخلاف ثم قال: ومعنى قوله: «لم يرجع إلا على رب الحق» معناه لا يلزمه

وَمَنْ آسْتَمْهَلَ لِدَفْعِ بَيِّنَةٍ، أُمْهِلَ بِالاجْتِهَادِ: كَحِسَابٍ وَشِبْهِهِ، بِكَفِيلٍ بِالمَالِ:

سواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة، وهذا القول ذكره ابن الحاجب وعزاه لابن القاسم وحكاه اللخمي في آخر كتاب الشهادات بلفظ: «قيل» ولم يعزه لابن القاسم ولا لغيره لكنه قال بعده: إنه الأصل. وذكر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الشهادات هذا القول عن اللخمي وقال: إنه ذكره بـ«قيل» وذكره ابن رشد في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية، وفي رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات فيمن وكل على طلب عبد بمصر وأقام البينة أنه لموكله فإنه لا يقضى له به حتى يحلف الموكل أنه ما باع ولا وهب. سواء كان الموكل قريباً أو بعيداً. والمنصوص لابن القاسم في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات في مسألة دعوى المطلوب القضاء أنه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر إلى لقي صاحب الحق. ومثله دعوى الإبراء كما سيأتي بيانه. ولم يفرق بين الغيبة القريبة والبعيدة لكن نقل في النوادر في ترجمة المقضى له بالسلعة هل يحلف. وقال محمد بن عبد الحكم في وكيل الغائب يطلب ديناً ببينة له فقال: المطلوب بقي من حقي أن يحلف لي المحكوم له أنه ما قبضه فإنه ينظر، فإن كانت غيبته قريبة انتظر حتى يقدم وكتب إليه، وإن كانت بعيدة فإنه يدفع الحق الساعة ويقال للمقضى عليه إذا اجتمعت مع الطالب فحلفه وكتب له القاضي بذلك كتاباً يكون بيده، فإن مات المقضى له حلف أكابر ورثته على مثل ذلك ولا يحلف الصغار وإن كبروا بعد موته انتهى. وكذلك نقل ابن رشد عن ابن عبد الحكم أنه فرق بين الغيبة القريبة والبعيدة فقال: إنه يؤخر في القريبة حتى يكتب للموكل فيحلف ولا يؤخر في البعيدة ويقضى عليه بالحق.

قال ابن رشد: وقوله: «عندي» تفسير لقول ابن القاسم زاد في كتاب الأقضية في الرسم

أن يرجع عليه ويترك رب الحق، بل له أن يرجع على ما شاء منهما. ثم تكلم على يمين الاستحقاق واليمين في مسألة الدين ثم قال: ورابع الأقوال قول ابن كنانة أن الوكيل يحلف وحينئذ يقتضي. وقاله ابن القاسم في المدونة. وهذا كله في الغيبة القريبة والبعيدة لا يقضى له في المسألتين إلا بعد يمينه، وفي البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله، فإن أحضر الموكل حلف واستمر القبض وإلا حلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه **(ومن استمهل لدفع بينة أمهل بالاجتهاد)** ابن شاس: إذا قال من قامت عليه بينة أمهلوني فلي بينة دافعة، أمهل ما لم يبعد فيقضى عليه ويبقى على حجته إذا أحضرها. وعبارة ابن الحاجب: ومن استمهل لإقامة بينة أو لدفعها الخ. وقال ابن عرفة: هو مقتضى نقل الشيخ عن محمد. لو قال القاضي للخصم قبل الحكم أبقيت لك حجة فقال نعم وقد تبين للقاضي أن حجته نفذت وأنه ملك، فليضرب له أجلاً غير بعيد، فإن تبين لدده أنفذ عليه الحكم، وإن ادعى بينة بعيدة لم يمهل **(لحساب وشبهه بكفيل بالمال)** ابن الحاجب: من استمهل لدفع بينة أو لإقامتها أمهل جمعة ويقضى عليه ويبقى على حجته، وللمدعي طلب كفيل في الأمرين. ثم قال: والمستمهل لحساب

كَأَنْ أَرَادَ إِقَامَةَ ثَانٍ، أَوْ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ: فَبِحَمِيلٍ بِالْوَجْهِ. وَفِيهَا أَيضاً: نَفْيُهُ، وَهَلْ خِلاَفٌ، أَوْ الْمُرَادُ وَكِيلٌ يُلاَزِمُهُ، أَوْ إِنْ لَمْ تُعْرَفْ عَيْنُهُ؟ تَأْوِيلاَتٌ،

المذكور فقال: لا خلاف أنه لا يقضى له في الغيبة القريبة إلا بعد يمين الموكل. وقال ابن كنانة: إن كانت الغيبة قريبة كاليومين انتظر الموكل حتى يحلف، وإن كانت الغيبة بعيدة حلف الوكيل على أنه يعلم موكله قبض من الحق شيئاً ويقضى له. وذكر ابن فرحون في تبصرته في الباب العاشر من القسم الثاني أن صاحب معين الحكام حكى عن ابن القاسم مثل قول ابن كنانة. وذكر في التوضيح عن ابن المواز أنه يقضى على المطلوب وترجى له اليمين على الموكل. فإذا لقيه حلفه، فإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما دفع. وذكر هذا القول أيضاً ابن عبد السلام لكنه لم يعزه لابن المواز قال: فعلى القول الذي نقلناه عن ابن القاسم في سماع عيسى. ابن رشد قيده بالغيبة البعيدة كما تقدم. وأما ما ذكره في آخره من تحليفه للموكل إذا لقيه، فلا يخالف فيه ابن القاسم ولابن كنانة أيضاً، فتحصل من هذا أنه في الغيبة القريبة ينظر المطلوب حتى يحلف الموكل بلا خلاف على ما نقله ابن رشد. وأما الغيبة البعيدة فالمنصوص فيها لابن القاسم وابن عبد الحكم وابن المواز وابن كنانة أنه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر، لكن ابن كنانة يقول: لا يقضى عليه حتى يحلف الوكيل على نفي العلم، ومقابل المنصوص القول الذي حكاه اللخمي بـ«قيل» وخرجه ابن رشد من يمين الاستحقاق.

تنبيهات: الأول: إذا علم ذلك فقول المصنف: «انتظر» كما هو الموجود في غالب النسخ مشكل، لأنه يقتضي أنه ينظر في الغيبة البعيدة وقد علمت أنه خلاف المنصوص لابن القاسم. وقد اعترض ابن عرفة على ابن الحاجب في عزوه لابن القاسم وعلى ابن عبد السلام في قبوله ذلك فإنه خلاف ما قال ابن القاسم في سماع عيسى. وأن كلام ابن رشد يقتضي أنه غير

وشبهه يمهل اليومين والثلاثة بكفيل بوجهه، وقيل: ما يرى الحاكم **(كأن أراد إقامة ثان)** من المدونة: إن سأله كفيلاً بالحق حتى يقيم البينة لم يكن له ذلك إلا أن يقيم شاهداً فله أخذ الكفيل وإلا فلا، إلا أن يدعي بينة يحضرها من السوق أو من بعض القبائل فليوقف القاضي المطلوب عنده لمجيء البينة، فإن جاء بها وإلا خلي سبيله **(أو لإقامة بينة فبحميل بالوجه وفيها أيضاً نفيه وهل خلاف والمراد وكيل يلازمه أو إن لم تعرف عينه تأويلات)** من المدونة قال ابن القاسم: من كانت بينه وبين الرجل خلطة فادعى عليه حقاً لم يجب عليه كفيل بوجهه حتى يثبت حقه. وقال غيره: له عليه كفيل. ومن المدونة أيضاً: من ادعى قبل رجل غصباً أو ديناً وعلمت تهمته، فأما الغصب فينظر فيه إما أحلفه أو أخذ له كفيلاً حتى يأتي بالبينة. قال عياض: بعضهم جعل له هنا أخذ الكفيل ولم يجعله له في كتاب الكفالة. وقيل: ظاهره أخذ الكفيل بمجرد الدعوى. وأما الدين فإن كانت بينهما خلطة وإلا لم يعرض له. عياض: ويحتمل أن يكون الكفيل هنا بمعنى الموكل. ابن يونس: قول غيره له عليه كفيل يعني إذا لم يكن المدعى عليه معروفاً مشهوراً فللطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه، وأما

المنصوص وإنما هو مخرج على ما في نوازل عيسى، لكن قد علمت أن اللخمي حكاه بـ«قيل» فكان ينبغي للمصنف أن يقول: وإن قال أبرأني موكلك الغائب أو قضيته لم ينتظر في البعيدة بخلاف القريبة، فيؤخر كيمين القضاء. ويوجد في بعض النسخ وعليها تكلم ابن غازي ما صورته: وإن قال أبرأني موكلك الغائب انظر في القريبة وفي البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله ويقضى له، فإن حلف واستمر القبض وإلا حلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه. فقال الشيخ ابن غازي: أما حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة. وقال ابن عبد السلام: إنه بعيد جداً لأنه يحلف لينتفع غيره. وأما ما بعده من الكلام فإنما ساقه ابن عبد السلام قولاً آخر ولم يزد في توضيحه على نسبته لابن المواز، وأنت تراه هنا ركب هذه الفتوى من القولين فتأمله انتهى.

قلت: أما ما ذكره من حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة كما ذكر وهو ضعيف، وأما ما ذكره بعد فقد تقدم أن ابن كنانة وابن القاسم وابن المواز القائلين بأنه يقضى عليه ضعيف، وأما ما ذكره بعد فقد تقدم أن ابن كنانة وابن القاسم وابن المواز القائلين بأنه يقضى عليه ولا يؤخر لا يخالفون في أنه إذا لقي الموكل له أن يحلفه على ما ادعاه وكيله، فإن حلف مضى، وإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما كان غرمه، وهذا بين فتأمله فهذه النسخة حسنة موافقة للراجح من الأقوال إلا ما ذكره في حلف الوكيل فإنه قول ابن كنانة.

الثاني: لا فرق بين أن يقول المطلوب أبرأني موكلك كما فرض المصنف المسألة وابن الحاجب وغيرهما، أو يقول قضيته الحق الذي تدعي به أو بعضه كما فرض المسألة في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات.

الثالث: إذا قضى على المطلوب بالحق ثم لقي الموكل فاعترف بما ادعاه المطلوب من الإبراء أو القضاء أو نكل عن اليمين وحلف المطلوب على ذلك، فله أن يرجع بالحق الذي قضى به عليه على الوكيل أو على الموكل. قاله ابن رشد في كتاب البضائع والوكالات. قال: فإن رجع على صاحب الحق رجع صاحب الحق على الوكيل إلا أن يدعي أنه دفع ذلك إلى الموكل ويقيم على ذلك البينة.

قلت: وإن رجع على الوكيل فلا كلام إلا أن يدعي أنه دفع ذلك لموكله فله مطالبته به والله أعلم.

الرابع: أما يمين الاستحقاق فقال ابن رشد في كتاب الأقضية في الرسم المذكور من سماع عيسى: إنه إن كانت الغيبة قريبة فلا اختلاف أنه لا يقضى للوكيل. إلا بعد حلف موكله، وإن كانت بعيدة فالذي في نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات أنه لا يقضى للوكيل إلا بعد حلف موكله. وحكى ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ أنه يقضى للوكيل إذا

....

كانت الغيبة بعيدة كما في مسألة دعوى القضاء والإبراء. وقال ابن كنانة: يحلف الوكيل على العلم ويقضى له كما في المسألة السابقة. فتحصل أنه لا يقضى للوكيل في الغيبة القريبة إلا بعد يمين موكله في المسألتين بلا خلاف. وأما في الغيبة البعيدة فقيل: يقضى للوكيل في المسألتين حملاً لمسألة الاستحقاق على مسألة دعوى القضاء والإبراء وهو قول أصبغ وإليه ذهب ابن أبي زيد، قاله ابن رشد في كتاب الأقضية. وقيل: لا يقضى له في المسألتين حتى يكتب إلى موكله فيحلف حملاً لمسألة دعوى القضاء والإبراء على مسألة يمين الاستحقاق وقيل: يقضى للوكيل بعد حلفه على العلم في المسألتين فهذه ثلاثة أقوال. والقول الرابع لا فرق بين يمين الاستحقاق ويمين دعوى القضاء والإبراء. قال ابن رشد في كتاب الأقضية: وإليه ذهب بعض المتأخرين. وقال في نوازل سحنون من كتاب البضائع: وهو الأظهر الذي يعزى إلى ابن القاسم لأن اليمين في الاستحقاق من تمام الشهادة لا يتم الحكم إلا بها، ويمين صاحب الدين أنه ما اقتضى من دينه شيئاً إنما تجب بدعوى الغريم أنه قد قضى فيقال له أدِّ الدين إلى الوكيل واستحلف صاحبك إذا لقيته على دعواك.

الخامس: هذا الذي ذكرناه في هذه المسألة يقتضي أنه ليس على القاضي أن يستحلف الموكل على قبض حقه الغائب أنه ما قبض منه شيئاً وأنه يكتب له بها دون يمين سواء خرج أو وكل. قال ابن رشد: وهو ظاهر ما في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات، وما في نوازل أصبغ منه، وهو خلاف ما في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية أنه لا يكتب له حتى يستحلفه في الوجهين خرج أو وكل أنه ما اقتضى ولا أحال ولا قبل. قال: وعلى الرواية الأولى جرى العمل لأنه يقول للقاضي لا تحلفني فلعله لا يدعي أنه قضاني شيئاً. وقيل: إنه يستحلفه إذا وكل ولا يستحلفه إذا خرج. قال ابن رشد: هذا أولى الأقوال وأعدلها. هذا ملخص كلام ابن رشد في سماع عيسى في الموضعين المذكورين في نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات.

السادس: قال في التوضيح: كلام ابن الحاجب يقتضي أن قول ابن كنانة خلاف لقول ابن القاسم، وحمل غير واحد قوليهما على الوفاق وأن ابن القاسم يوافق على الانتظار في المدة القريبة انتهى.

قلت: هذا سهو منه رحمه الله، فإن القول الذي نقله ابن الحاجب عن ابن القاسم في الغيبة القريبة والبعيدة، فهل يشك أحد أن ابن القاسم يقول بالانتظار في الغيبة على هذا القول فتأمله.

السابع: لو كان الدين على غائب أو ميت فقال في النوادر في ترجمة المقضى له بالسلعة هل يحلف: ولو كان الحكم بالدين على غائب أو ميت لم يقض للطالب حتى يحلف

وَيُجِيبُ عَنِ القِصَاصِ: الْعَبْدُ وَعَنِ الأَرْشِ السَّيِّدُ

أنه ما قبض منه شيئاً ولا من أحد بسببه لإمكان أن يدعي الغائب أو الميت ذلك، ولو كان الدين لميت قام به ورثته على غائب أو ميت فلا بد أن يحلف أكابرهم أنهم ما يعلمون وليهم قبض من المقضى عليه ولا من أحد بسببه، ولو كان المطلوب حياً لم يحلفوا حتى يدعي ذلك على الميت أو عليهم. وقاله محمد بن عبد الحكم في وكيل الغائب يطلب ديناً فيثبت له، فقال المطلوب بقي من حقي أن يحلف لي المحكوم له أنه ما قبضه إلى آخر كلامه المتقدم.

فرع: إذا كان الحق على الغائب أو الميت مؤجلاً وقام الطالب عند حلول الأجل، فلا بد من يمين القضاء كما نص عليه ابن فرحون في تبصرته. وسمعت أن بعض القضاة أسقط اليمين في ذلك محتجاً بكونه لم يتوجه طلبه إلى الآن وهذا باطل، لأن يمين القضاء للتهمة وهي موجودة والله أعلم. ويشهد لذلك ما ذكره البرزلي في مسائل الأقضية عن المازري ونصه: وسئل المازري عمن أوصى في مرضه الذي توفي بأثره أن في ذمته من كراء دار كذا كذا، ثم وصل وكيل من رب الدار في المركب يطلب تلك الدنانير، فهل يلزم الموكل يمين مع أنه ببلاد المشرق ولم يمض من المدة ما يقتضي أنه قبض فيها شيئاً من وقت اعترف له الميت وطلب وصي الأيتام الحكم في ذلك ما تراه؟ فأجاب: إذا لم تطل حياة المقر من حين إقراره بل مات في زمن لا يمكن القضاء فيه وليس بينهما من الوصلة ما يقتضي أن الموكل وهبه ذلك وهو غائب غيبة بعيدة، لم يوقف الحق لأجل يمينه لأنها يمين استظهار وبعد غيبته والقرائن المذكورة تدل على عدم قضاء الحق أو إسقاطه بالهبة انتهى. فلم يسقط عنه اليمين مع القرائن الدالة على عدم القضاء، بل جعل القرائن مقتضية لعدم إيقاف الحق لأجل اليمين إذا كانت الغيبة بعيدة والله أعلم. ص: **(ويجيب عن القصاص العبد وعن الأرش السيد)** ش: قال ابن فرحون في التبصرة في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم:

مسألة: ومن أنواع المدعى عليهم العبد، فإذا ادعى عليه بما يوجب القصاص فيلزمه الجواب، وإن ادعى عليه بما يوجب الأرش فيطلب الجواب من السيد، وإن ادعى عليه بما يوجب بالمال فيطلب الجواب من العبد، فإن أقر وكان مأذوناً فهو كالحر، وإن لم يكن مأذوناً وقف إقراره على سيده فيرده أو يلزمه إياه، فإن أعتق قبل أن يعلم ما عند السيد لزمه الدين ولا يحكم القاضي بإلزام الدين ذمته حتى يثبت عنده ما عند السيد فيه من إلزام أو إسقاط وذلك

لو كان المطلوب معروفاً مشهوراً فليس للطالب عليه كفيل بوجهه لأنا نسمع البينة عليه في غيبته، وهذا معنى قول ابن القاسم. **(ويجيب عن القصاص العبد وعن الأرش السيد)** ابن عرفة: قول ابن شاس جواب دعوى القصاص على العبد يطلب من العبد ودعوى الأرش يطلب جوابه من السيد واضح، لأن الجواب إنما يطلب من المدعى عليه، وهو في الأول العبد لأن إقراره به عامل دون سيده،

وَاليَمِينُ فِي كُلِّ حَقٍّ. بِاللَّهِ الَّذِي لاَ إِلٰه إِلاَّ هُوَ وَلَوْ كِتَابِيًّا، وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى أَنَّ النَّصْرَانِيَّ يَقُولُ بِاللَّهِ

بعد أن يثبت عنده حال العبد من إذن أو حجر، فإن لم يثبت عنده شيء فهو على الحجر حتى يثبت عنده خلافه.

فرع: قال مطرف: إذا شهد للمأذون شاهد بحق ونكل لا يحلف السيد سيده ونكوله كإقراره جائز، فإن مات حلف السيد لأنه ورثه.

فرع: قال مالك: الرسول لقبض الثمن ينكر القبض من المبتاع يحلف الرسول مع الشاهد، فإن تعذر لصغر ونحوه حلفت أنك ما تعلم وصوله لرسولك وتستحق.

فرع: قال في الموازية: إن بعت لابنك الصغير حلفت مع الشاهد، فإن رددت اليمين على المشهود عليه حلف وبرىء وغرمته، وكذلك يغرم الوصي إذا ادعى غريم الميت الدفع للوصي فرد الوصي اليمين على الغريم لجنايته برد اليمين.

فرع: قال مالك: إذا استحق من يدك ما اشتراه شريكك الغائب المفاوض وشهد شاهد أن شريكك اشتراه حلفت أنت معه.

فرع: قال ابن كنانة: إن وكلته وثبتت الوكالة وجحد البائع وشهد شاهد حلفت معه وإن لم تثبت الوكالة حلف الوكيل. انتهى جميع الفروع من الذخيرة من كتاب الأيمان عند الأقضية ص: **(واليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو)** ش: قد يتبادر أنه لا بد أن يكون في اليمين حرف القسم فيه بالباء، لأن غالب من وقفت على كلامه من أهل المذهب يقول لما يتكلم على صفة اليمين واليمين بالله الذي لا إله إلا هو، أو يقول وصفة اليمين أن يقول بالله الذي لا إله إلا هو ونحو ذلك، إلا أن الظاهر أنه لا فرق بين الباء وغيرها من حروف القسم، لكنني لم أقف على نص في التاء الفوقية، وأما الواو فغالب من رأيت كلامه من أهل المذهب كاللخمي وابن فرحون وابن عرفة والجزيري والشيخ زرّوق في شرح الإرشاد

وفي الثانية السيد لأن إقراره به عامل دون العبد **(واليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو)** ابن شاس: الركن الثاني من كتاب الدعوى في اليمين والنظر في الحلف والمحلوف عليه والحالف والحكم. أما الحلف فهو «والله الذي لا إله إلا هو» ابن عرفة: لفظ اليمين في حقوق غير اللعان والقسامة فيما يحلف المدعى عليه أو من يحلف مع شاهده «بالله الذي لا إله إلا هو» لا يزيد على هذا. ابن رشد: هذا هو المشهور في صفة اليمين **(ولو كتابياً وتؤولت أيضاً على أن النصراني يقول بالله فقط)** من المدونة: لا يحلف النصراني واليهودي في حق أو لعان أو غيره إلا «بالله» ولا يزاد عليه «الذي أنزل التوراة أو الإنجيل». ابن محرز: ظاهرها أنهم لا يحلفون بالله الذي لا إله إلا هو. ابن شبلون وغيره: لأنهما لا يؤدون ولا يكلفون ما ليس من دينهم وليس كذلك، بل يحلفون اليمين على هذه الصورة ولا يكون ذلك منه وإيماناً، ونص عليه متقدمو علمائنا، ويدل عليه استحلاف المجوس بالله وهم ينفون

فَقَطْ، وَغُلِّظَتْ فِي رُبُعِ دِينَارٍ بِجَامِعٍ:

وغيرهم يقولون بعد كلامه المتقدم: واختلف إذا قال: «والله» ولم يزد أو قال: «والله الذي لا إله إلا هو». وقال الشيخ أبو الحسن: قال أشهب: وإن حلف فقال: «والله الذي لا إله إلا هو». لم يقبل منه. وكذا إذا قال: «والله» فقط فلا يجزئه حتى يقول: «والله الذي لا إله إلا هو». اللخمي: والذي يقتضيه قول مالك إنها أيمان انتهى. ورأيت في الجزولي الكبير في قول الرسالة: «واليمين بالله الذي لا إله إلا هو» انظر إذا قال: «والله» بالواو فهل يجزئه؟ قاله أشهب. أو لا يجزئه قاله ابن القاسم. وانظر أيضاً إذا اقتصر على قوله: «والله» أو «بالله» ولم يقل: «الذي لا إله إلا هو» هل يجزئه أو لا؟ قولان. وانظر إذا قال: «بالذي لا إله إلا هو» ولم يقل: «بالله» فهل يجزئه أم لا؟ فعلى قول ابن القاسم لا يجزئه، وعلى قول أشهب يجزئه انتهى. وهذا الذي ذكره غريب مخالف لجميع ما رأيته لأن المنقول عن أشهب أنه لا يجزئه كما نقله اللخمي وغيره ممن تقدم ذكرهم وغيرهم. ومما يدل على أن الذي ذكره الجزولي أعني الخلاف في الواو لا يعرف ما ذكره في الجواهر فإنه صدر الكلام بالواو فقال: أما الحلف فهو: والله الذي لا إله إلا هو، ولا يزاد على ذلك في شيء من الحقوق، ثم نقله بالباء بعد ذلك. وذكر القرافي في ذخيرته لفظ الجواهر المتقدم ثم قال بعده: وقاله في الكتاب يعني المدوّنة: والذي فيها إنما هو بالباء فدل أنه لا فرق بين الباء والواو. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: والصحيح من المذهب إلا جزاء بقول: «والله الذي لا إله إلا هو» انتهى. وفي المنتقى للباجي: واتفق أصحابنا على أن الذي يجزىء من التغليظ باليمين بالله الذي لا إله إلا هو فإن قال: «والله الذي لا إله إلا هو» أو قال: «والله» فقط فقال أشهب: لا يجزئه حتى يقول: «والله الذي لا إله إلا هو»، والظاهر أن التاء كذلك والله أعلم.

تنبيه: قال ابن العربي في العارضة في حديث ضمام: فيه دليل على تغليظه اليمين بالألفاظ وذلك جائز للحاكم، وكرهه علماؤنا ورواه الشافعي وما أحسنه وقال: فيه دليل على تحليف الشاهد ويمينه لا تبطل شهادته وهذا نص. انتهى.

مسألة: من وجب عليه يمين فحلف بالطلاق أو باللازمة. انظر الكلام على ذلك في أول الظهار من المشذالي ص: **(وغلظت في ربع دينار بجامع)** ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: ومن التبصرة: وأما التغليظ بالتحليف على المصحف

الصانع. عياض: فرق غير ابن شبلون بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد وبين غيرهم. **(وغلظت في ربع دينار بجامع)** انظر حيث يكون الحلف بالجامع. قال ابن عرفة: معروف المذهب اختصاص ذلك بالجامع الأعظم. قال اللخمي: قال مالك وابن القاسم: يحلف في مكانه إن كانت الدعوى في أقل من ربع دينار، وإن كانت في أكثر من ربع دينار أو في ربع دينار ففي المسجد الجامع حيث يعظم

كَالْكَنِيسَةِ، وَبَيْتِ النَّارِ، وَبِالْقِيَامِ، لاَ بِالاسْتِقْبَالِ وَبِمِنْبَرِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ، وَخَرَجَتِ الْمُخَدَّرَةُ

فقال ابن العربي: هو بدعة لم يرد عن أحد من الصحابة. وقد أجازه الشافعية. انظر الأحكام في سورة المائدة انتهى.

فرع: قال القرافي في كتاب الدعاوى عن بعض القرويين: إذا ادعى أحد المتفاوضين على شخص بثلاثة دراهم، فليس عليه أن يحلفه في الجامع لأن كل واحد إنما يجب له درهم ونصف. ولو ادعى عليهما بثلاثة دراهم حلفهما في الجامع لأن كل واحد عليه درهم ونصفه وهو كفيل بالثاني، فالثلاثة على كل واحد منهما. انتهى بعضه باللفظ وبعضه بالمعنى.

فرع: لا يحلف العليل في بيته إلا أن تشهد بينة أن به علة لا يستطيع الخروج معها، لا راجلاً ولا راكباً. والمسألة مطولة في البرزلي نقلها المتيطي قبل الكلام على حريم البئر. وقال في المسائل الملقوطة ومن التبصرة: كان ابن لبابة يفتي في المريضة تجب عليها اليمين في مقطع الحق أنها تحلف في بيتها على الحق. انتهى.

فرع: وأما التغليظ بالزمان فانظر كلامه في التوضيح فإنه يدل على أنه يتفق على تغليظ اليمين بالزمان في اللعان والقسامة، وجعل التغليظ بالزمان في مختصره في باب اللعان مستحباً فتأمله. وانظر ابن فرحون في تبصرته. وقال ابن عرفة الباجي: وهل تغلظ بالزمان؟ روى ابن كنانة في كتاب ابن سحنون يتحرى بأيمانهم في المال العظيم والدماء واللعان وقتاً يحضر الناس فيه المساجد ويجتمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين. ولابن حبيب عن الأخوين: لا يحلف حين الصلاة إلا في الدماء واللعان، وأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الإمام استحلفه. وقاله ابن القاسم وأصبغ انتهى **ص: (وبالقيام) ش:** قال في الرسالة في باب الأقضية: يحلف قائماً. وقال في القسامة: ويحلفون في القسامة قياماً. قال شارحها: فإن لم يحلفوا قياماً فهل يكون ذلك نكولاً أو لا؟ اختلف في ذلك انتهى. ولم يذكروا خلافاً في شرح قول الرسالة في باب الأقضية «ويحلف قائماً» **ص: (وخرجت المخدرة) ش:** ذكر البرزلي

منه. انظر بعد هذا عند قوله «وبالاستقبال» **(كالكنيسة وبيت النار)** من المدونة: يحلف اليهودي والنصراني في كنائسهم حيث يعظمون ويحلف المجوس في بيت نارهم وحيث يعظمون **(وبالقيام)** قال مالك في كتاب ابن سحنون: يحلف جالساً. وفي كتاب محمد: قائماً **(لا بالاستقبال وبمنبره عليه الصلاة والسلام فقط)** من المدونة: ليس عليه أن يستقبل بيمينه القبلة، ولم يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا عند منبر النبي ﷺ. قال ابن وضاح وسحنون ابن عاصم: كان يحلف بالطلاق فمن أين أخذ هذا قال: من قول عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أقضية الخ. قال ابن أبي زيد: وكان سحنون لا يقبل الوكيل من المطلوب إلا إذا كان مريضاً أو امرأة، ويقبله من الطالب فقيل له: أليس كان مالك يقبله منها؟ فقال: قد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية **(وخرجت المخدرة فيما ادعت أو**

فِيمَا ادَّعَتْ، أَوْ ادُّعِيَ عَلَيْهَا، إلاَّ الَّتِي لاَ تَخْرُجُ نَهَاراً، وَإِنْ مُسْتَوْلَدَةً قَلِيلاً، وَتُحَلَّفُ فِي أَقَلَّ بِبَيْتِهَا وَإِنْ ادَّعَيْتَ قَضَاءً عَلَى مَيِّتٍ لَمْ يَحْلِفْ إلاَّ مَنْ يُظَنُّ بِهِ الْعِلْمُ مَنْ وَرَثَتِه، وَحَلَفَ فِي نَقْصٍ بَتًّا، وَغِشٍّ عِلْماً، وَاعْتَمَدَ الْبَاتُّ عَلَى ظَنٍّ قَوِيٍّ: كَخَطِّ أَبِيهِ، أَوْ قَرِينَةٍ،

في مسائل اليمين لما تكلم على القول بأن المخدرة لا تخرج: ويؤخذ من هذا أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي ونزلت، وحكم فيها بأنه يقف حيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها لأنه قابض لليمين، وعلى ما ذكر هنا يكون على وجه النيابة عنه انتهى. وكأنه يشير إلى ما ذكره المشذالي في آخر باب الولاء فإنه نقل عن ابن عرفة أنه قال: ذكر لنا شيخنا ابن عبد السلام أنه حكم لرجل بيمين على امرأة وطلب حضوره معها لحلفها فأبت هي وزوجها خوف اطلاعه عليها قال: فحكمنا بحضوره إياها متباعداً عنها أقصى ما يسمع منها لفظ اليمين انتهى. وذكر ابن عرفة المسألة في مختصره لما تكلم على اليمين. وقال بعد ما تقدم: وفيها يعني المدوّنة: في الحالفة في بيتها ويبعث القاضي إليها من يحلفها لصاحب الحق يجزئه رجل واحد.

قلت: ظاهره أنه لا يقضى له بحضور يمينها في بيتها. انتهى ص: **(واعتمد ألبات على ظن قوي)** ش:.

ادّعي عليها إلا التي لا تخرج نهاراً وإن مستولدة قليلاً وتحلف في أقل ببيتها) ابن شاس: المخدرة لا تحضر مجلس الحاكم لتحلف في اليسير بل يبعث الحاكم إليها من يحلفها، وإن كانت تتصرف وتخرج إلى غير ذلك وما له بال تخرج فيه إلى المسجد ليلاً. ومن المدونة: وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد، وإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً فتحلف في المسجد. قال مالك: وإن كان الحق يسيراً أحلفت في بيتها إن كانت ممن لا تخرج ويبعث إليها القاضي من يحلفها لصاحب الحق ويجزئه رجل واحد، وأم الولد في ذلك مثل الحرة فيمن لا تخرج ومن تخرج **(وإن ادعت قضاء على ميت لم يحلف إلا من يظن به العلم من ورثته)** من قول مالك وأصحابه: إن كان للميت بينة بدين على ميت أو غائب فقام ورثة الذي له الدين يطلبون به، فلا بد أن يحلف أكابرهم أنهم ما يعلمون أن وليهم قبضه من المقضى عليه ولا من أحد من غيره بسببه، ولا يحلف الأصاغر وإن كبروا بعد موته. ابن عرفة: قوله «لا يحلف الأصاغر» يدل باللزوم على نص قولها لا يمين على صغير ولا على من لا يظن به علم ذلك. ومن المدونة قال مالك: إذا أقامت بينة لميت بدين فادعى المطلوب أنه قضى الميت حقه، لم ينفعه ذلك وله اليمين على من يظن به علم ذلك من بالغي ورثته على العلم، ولا يمين على من لا يظن به علم ذلك ولا على صغير **(وحلف في نقص بتاً وفي غش علماً)** ابن الحاجب: يحلف في الرديء على نفي العلم، وفي النقص على ألبت. ونص المدونة: إذا أصاب المسلم إليه رأس المال رصاصاً أو نحاساً فردها عليه فقال له ما دفعت إليك إلا جيداً، فالقول قوله ويحلف ما أعطاه إلا جيداً في علمه **(واعتمد ألبات على ظن قوي كخطه أو خط أبيه أو قرينة)** ابن الحاجب: ما يحلف فيه بتاً يكتفي فيه بظن قوي كخطه أو خط أبيه أو قرينة من نكول

وَيَمِينُ الْمَطْلُوبِ مَا لَهُ عِنْدِي كَذَا، وَلاَ شَيْءٌ مِنْهُ، وَنَفَى سَبَباً، إنْ عُيِّنَ وَغَيْرَهُ، فَإِنْ قَضَى نَوَى سَلَفاً يَجِبُ رَدُّهُ وَإِنْ قَالَ وَقْفٌ، أَوْ لِوَلَدِي: لَمْ يُمْنَعْ مُدَّعٍ مِنْ بَيِّنَتِهِ، وَإِنْ قَالَ لِفُلاَنٍ، فَإِنْ حَضَرَ: ادُّعِي

فرع: قال في النوادر في ترجمة جامع الأيمان من الجزء الأوّل من الأقضية فيمن ادّعى على آخر ورث أباه لا وارث له غيره أنه أودع أباه عبداً بعينه فقال الابن: لا ندري أصدقت أم لا؟ فله أن يحلف الابن على علمه ويبرأ وهذا صواب. انتهى ص: **(ونفى سبباً إن عين)** ش: تصوره من كلام شارحه ظاهر. وسئلت عن شخص بيده أمتعة فادعى عليه شخص قريب له أنها مخلفة عن مورث مورثه وأنها مشتركة بين مورثه وبين المدعى عليه، فأجاب المدعى عليه بأنها ملكه وليست مخلفة عن مورثه، فهل تلزمه اليمين كذلك أو يحلف أنها ملكه فقط؟ فأجبت: إذا ادعى المدعي أن الأمتعة مخلفة عن مورث مورثه يلزم المدعى عليه اليمين على نفي ذلك، فيحلف أنها ملكه وليست مخلفة عن مورثه والله أعلم. ص: **(وإن قامت لفلان فإن حضر ادعي عليه فإن حلف فلمدع تحليف المقر وإن نكل حلف وغرم ما**

خصمه وشبهه، وقيل المعتبر: اليقين. وقال ابن يونس من كتاب ابن سحنون وهو ملصق بقول مالك: إن قيل: كيف يحلف الوارث على ما لم يحضر ولم يعلم وهو لا يدري هل شهد له بحق أم لا؟ قال: يحلف مع الشاهد على خبره وتصديقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد له به الشاهدان من مال أو غيره ولم يعلم ذلك ولا يختلف في هذا. اهـ من ابن يونس. انظر قبل هذا عند قوله «وإن حلف المطلوب ثم أتي بآخر» **(ويمين المطلوب ما له عندي كذا ولا شيء منه ونفى سبباً إن عين وغيره)** انظر قوله «وغيره» وعبارة ابن الحاجب «يمين المطلوب ما له عندي كذا ولا شيء منه مطلقاً» فإن ذكر شيئاً نفاه معه على المشهور. ابن شاس: قال في الكتاب: شرط اليمين أن تطابق الإنكار. ابن عرفة: هو قولها في الشهادة من اشترى منك ثوباً ونقدك قيمته وجحدت الاقتضاء وطلبت يمينه، فإن أراد هو أن يحلف أنه لا حق لك قبله فليس له ذلك، قال مالك: ولك أن تحلفه ما اشترى منك سلعة كذا بكذا إلا أن هذا يريد أن يوري. ابن القاسم يريد بقوله «يوري» الألغاز. انظر ابن عرفة على ماذا يعود الضمير في قول ابن الحاجب «معه» **(فإن قضى نوى سلفاً)** ابن شاس: قال أحمد بن زياد: قلت لابن عبدوس: إذا أسلف الرجل الرجل مالاً فقضاه بعد ذلك بغير بينة وجحد القابض، فإن أراد أن يحلفه أنه ما أسلفه وقال المستسلف بل أحلف ما له عندي شيء قال: لا بد أن يحلف ما أسلفه شيئاً، فله بقدر ما اضطررتموه إلى يمين كاذبة أو إلى غرم ما لا يجب عليه. قال: يحلف ما أسلفه. ويعني في ضميره سلف ما يجب على رده إليه في هذا الوقت ويبرىء من الإثم في ذلك. ابن عرفة: ذكر ابن حارث هذا كلفظ ابن شاس **(وإن قال وقف أو لولدي لم يمنع مدع من بينة)** ابن شاس: إن ادعى عليه ملكاً وقال: ليس لي إنما هو وقف على الفقراء أو على ولدي أو هو ملك الطفل، لم يمنع ذلك إقامة البينة للمدعي ما لم يثبت ما ذكر بتوقف المخاصمة على حضور من ثبتت له عليه الولاية. ابن عرفة: لا أعرف هذه المسألة إلا للغزالي لكنها على مقتضى أصول المذهب **(وإن قال لفلان فإن حضر ادعي عليه فإن حلف فلمدع**

عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُ الْمُقِرِّ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ وَغَرِمَ مَا فَوَّتَهُ، أَوْ غَابَ لَزِمَهُ يَمِينٌ أَوْ بَيِّنَةٌ، وَانْتَقَلَتْ الْحُكُومَةُ لَهُ، فَإِنْ نَكَلَ أَخَذَهُ بِلاَ يَمِينٍ، وَإِنْ جَاءَ الْمُقَرُّ لَهُ فَصَدَّقَ الْمُقِرَّ، أَخَذَهُ،

فوته أو غاب لزمه يمين أو بينة وانتقلت الحكومة له فإن نكل أخذه بلا يمين وإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه) ش: أي وإن قال المدعى عليه ليس هذا الشيء المدعى فيه ملكاً لي بل هو لفلان، فلا يخلو إما أن يكون فلان حاضراً أو غائباً. فإن حضر فلان وصدقه المقر فيما أقر له به ادعى عليه، فإن رجع وسلم أنه للمدعي فواضح، وإن صمم على أنه له فإما أن يقيم المدعي البينة أو يحلف المقر له. فإن أقام البيّنة فواضح، وإن حلفه فلا يخلو إما أن يحلف أو ينكل. فإن نكل قال ابن عرفة عن المازري: حلف المدعي وثبت حقه، فإن نكل المدعي فلا شيء له عليه. وهل له تحليف المقر أنه ما أقر إلا بالحق كما في الصورة الآتية أم لا؟ قال ابن عبد السلام: ليس له ذلك لأنها لو وجبت لكان للمقر النكول عنها، وإذا نكل عنها لم يكن للمدعي أن يحلف لأنه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه.

قلت: ونحوه قول عياض في الوكالات إذا اطلع بائع السلعة من وكل على شرائها على زائف في الثمن فأحلف الآمر فنكل فوجبت اليمين للبائع قال: وليس له أن يحلف المأمور. عياض: لأن نكوله عن يمين الآمر نكول عن يمين المأمور انتهى. ولم يتكلم المؤلف على هذا القسم وهو نكول المقر له وإنما تكلم على قسميه فقال: فإن حلف صح له ما ادعى، ثم يكون الخصام بين المدعي والمقر كما قال المؤلف فللمدعي تحليف المقر أنه ما أقر إلا بالحق. ابن عرفة عن المازري: وأنه ما أقر إلا لإتلاف حق المدعي إذ لو اعترف أنه أقر بالباطل وأن المقر به إنما هو

تحليف المقر وإن نكل حلف وغرم ما فوته) المازري: لو قال هي لفلان وهو حاضر فصدقه سلم له المدعي فيه والخصومة بينه وبين المدعي وللمدعي إحلاف المقر أنه ما أقر به لإتلاف حقه إذ لو اعترف أنه أقر بالباطل وأن المقر به إنما هو لمدعيه لزم الغرم له، فإن حلف أنه لم يقر إلا بالصدق ولا حق فيه للمدعي سقط مقال المدعي، فإن نكل عن اليمين فهاهنا اختلف الناس هل يستحق بيمينه غرامة المقر لإتلافه بإقراره ما أقر به أم لا، لأنه لم يباشر الإتلاف؟ وإذا توجهت الخصومة بين المدعي والمقر له وجبت اليمين على المقر له، فإن نكل حلف المدعي وثبت حقه، فإن نكل فلا شيء له عليه، وهل له تحليف المقر أم لا؟ قال ابن عبد السلام: ليس له ذلك لأنها لو وجبت لكان للمقر النكول، وإذا نكل عنها لم يكن للمدعي أن يحلف لأنه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه. ابن عرفة: نحوه قول عياض في الوكالات **(أو غاب لزمه يمين أو بينة وانتقلت الحكومة له فإن نكل أخذه بلا يمين وإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه)** ابن شاس: إذا ادعى عليه ملكاً فقال ليس لي إنما هو لفلان الغائب، فإن أثبت ذلك ببينة انصرفت الخصومة عنه إلى الغائب، وإن لم يثبت ذلك لم يصدق وحلف.

وَإِنْ ٱسْتَحْلَفَ وَلَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ؛ أَوْ كَالْجُمُعة: يعْلَمُهَا لَمْ تُسْمَعْ، وَإِنْ نَكَلَ فِي مَالٍ وَحَقُّهِ ٱسْتَحَقّ

لمدعيه لزمه الغرم، فإن حلف أنه لم يقر إلا بالصدق ولا حق فيه للمدعي سقط مقال المدعي انتهى. وإن نكل المقر عن اليمين حلف المدعي وغرم له المقر ما فوته أي ما أتلف عليه بإقراره إن كان مقوماً فقيمته، وإن كان مثلياً فمثله. قاله ابن الحاجب. قال في التوضيح: قال المازري بعد أن ذكر ما ذكره المؤلف يعني ابن الحاجب: إن للمدعي بعد تحليف المقر له أن يحلف المقر أيضاً قال: وعلى قول من ذهب من الناس إلى أن متلف الشيء بإقراره لغير مستحقه لا يطلب بالغرامة لا يمين هنا على المقر لأنه لم يباشر الإتلاف، وإنما قال قولاً حكم الشرع فيه بإخراج ما أقر به من يده وكان سبباً في إتلافه، فلهذا لا يمكن من تحليفه. وأشار المازري أيضاً إلى أن من الناس من رأى أنه لا غرامة على المقر إذا نكل عن اليمين بعد القول بتوجهها عليه. ابن عبد السلام: وفيه نظر. انتهى كلام التوضيح. وعلى ما ذكر ابن الحاجب والمؤلف. لو نكل المدعي عن اليمين بعد نكول المقر عن الحلف فلا شيء له كما تقدم في كلام ابن عبد السلام الذي نقله عنه ابن عرفة فراجعه. وهذا الكلام فيما إذا كان المقر له حاضراً، وأما إذا كان غائباً فهو المشار إليه بقوله: «أو غاب» وكان الأحسن أن يقول: «وإن غاب» أي المقر له. قال في التوضيح: فإن غاب غيبة بعيدة فلا خلاف أنه لا يسلم لمدعيه بمجرد دعواه، ولا خلاف أيضاً أنه لا يقبل قول المدعى عليه مجرداً عن يمين أو بينة انتهى. فلذلك قال المؤلف: «لزمه» أي المقر يمين أنه لفلان الغائب أو بينة على ذلك، فإن أقام البينة فلا كلام في أن الخصومة تنتقل بين المدعي والغائب كما قال المؤلف: «وانتقلت الحكومة له» أي للغائب. وإن لم يقم البينة وأراد المدعي تحليف المقر فقال أشهب: إن اليمين تلزمه كما قال المؤلف. وللمازري كلام خلاف هذا نقله في التوضيح. فإن نكل المقر عن اليمين أخذه المدعي بلا يمين، وإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه. وهو نحو قول ابن الحاجب. فإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه فإن كان مرادهم إذا أقام المقر بينة أو حلف فواضح وإن كان مرادهم إذا نكل المقر عن اليمين وأخذه المدعي بلا يمين فالظاهر أنه لا يأخذه المقر له إلا بعد يمينه فتأمله والله أعلم. ص: (**وإن نكل في مال وحقه**

ابن الحاجب: وانتقلت الحكومة إلى الغائب. ابن شاس: وإن نكل رجع المدعي به إلى المدعي بغير يمين، فإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه (**وإن استحلف وله بينة حاضرة أو كالجمعة يعلمها لم تسمع**) من المدونة: إن استحلفه عالماً ببينة تاركاً لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له وإن قدمت بينة. وروى ابن وهب أن عمر قضى بالبينة وقال: البينة العادلة أحب إلي من اليمين الفاجرة. وقاله شريح ومكحول والليث. ابن يونس: واستحسن بعض فقهاء القرويين إذا كان أمر البينات يطول عند القضاة أن له أن يحلف خصمه لعله ينكل فيستغني عن التكلف في ذلك، فإن حلف كان له القيام ببينة كما إذا كانت بينته غائبة بعيدة أن له أن يقوم بها إذا حلف خصمه (**وإن نكل في مال وحقه استحق به**

بِهِ إِنْ حَقَّقَ؛ وَلْيُبَيِّنِ الحَاكِمُ حُكْمَهُ؛ وَلاَ يُمَكَّنُ مِنْهَا إِنْ نَكَلَ بِخِلاَفِ مُدَّعٍ التَزَمَهَا، ثُمَّ رَجَعَ،

استحق به بيمين إن حقق) ش: أي استحق المدعى فيه به أي بالنكول المفهوم من السياق. وقوله: «بيمين» أي مع يمين إن حقق الدعوى وإن كانت يمين تهمة فإن الحق يثبت فيها بمجرد النكول على المشهور. صرح به ابن رشد. انتهى من التوضيح. قال ابن عرفة: ابن زرقون: اختلف في توجيه يمين التهمة؛ فمذهب المدونة في تضمين الصناع والسرقة أنها تتوجه وقاله غير ابن القاسم في غير المدوّنة. وقال أشهب: لا تتوجه. وعلى الأول فالمشهور لا تنقلب. وفي سماع عيسى من كتاب الشركة أنها تنقلب.

قلت: هو كلام ابن رشد، الباجي: إن ادعى المودع تلف الوديعة وادعى المودع تعديه عليها، صدق المودع إلا أن يتهم فيحلف. قاله أصحاب مالك. قال ابن عبد الحكم: فإن نكل ضمن ولا ترد اليمين هنا. ابن زرقون: وفي توجيه يمين الاستحقاق على المستحق أنه ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه على ألبت كان المستحق ربعاً أو غيره، ثالثها إن كان المستحق غير ربع للمشهور وابن كنانة وبعض شيوخ ابن أبي زمنين انتهى. **ص: (ولا يمكن منها إن نكل) ش:** وسواء كان نكوله عند حاكم أو غيره إذ شهد عليه بذلك. قال في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان: وسئل عن الذي يدعي قبل الرجل حقاً فيقول احلف لي على أن ما ادعيت عليك ليس بحق وتبرأ، فيقول المدعى عليه بل احلف أنت وخذ، فإذا هم المدعي أن يحلف للمدعى عليه قال لا أرضى بيمينك ولا أظنك تجترىء على اليمين وما أشبه ذلك، وهل ذلك عند السلطان وغيره سواء؟

قال ابن القاسم: ليس للمدعى عليه أن يرجع ولكن يحلف المدعي ويستحق حقه على

بيمين) قال ابن شاس: الركن الرابع النكول ولا يثبت الحق به بمجرده ولكن ترد اليمين على المدعي إذا تم نكول المدعى عليه. ويتم نكوله بأن يقول لا أحلف أو أنا ناكل أو يقول للمدعي احلف أو يتمادى على الامتناع من اليمين، فيحكم القاضي بنكوله. فإن قال بعد ذلك احلف لم يقبل منه قال ابن الحاجب: النكول يجري فيما يجري الشاهد واليمين. ابن عات: قوله عليه السلام «واليمين على من أنكر» مذهبنا أن هذا على الخصوص إذ لو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة أو العكس أنه لا يمين على المنكر إذ لا يقضىء فيه بالنكول إذ لا ينعقد النكاح بالأيمان **(إن حقق)** ابن زرقون: واختلف في توجه يمين التهمة، ومذهب المدونة أنها تتوجه، وعلى توجهها فالمشهور أنه إن نكل فلا تنقلب على المدعي. قال الباجي: إن ادعى المودع تلف الوديعة وادعى المودع تعديه عليها صدق المودع إلا أن يتهم فيحلف. قاله أصحاب مالك. قال ابن عبد الحكم: فإن نكل ضمن ولا ترد اليمين هنا **(وليبين الحاكم حكمه)** ابن شاس: ينبغي للقاضي أن يعرض اليمين على المطلوب ويشرح له حكم النكول **(ولا يمكن منها إن نكل بخلاف مدع التزمها ثم رجع)** انظر قوله «ومدع» هو تصحيف وإنما المعنى لا يمكن منها إن

وَإِنْ رُدَّتْ عَلَى مُدَّعٍ وَسَكَتَ زَمَناً: فَلَهُ الْحِلفُ، وَإِنْ حَازَ أَجْنَبِيٌّ غَيْرُ شَرِيكٍ وَتَصَرَّفَ، ثُمَّ ادَّعَى حَاضِرٌ سَاكِتٌ بِلاَ مَانِعٍ عَشْرَ سِنِينَ، لَمْ تُسْمَعْ، وَلاَ بَيِّنَتُهُ، إِلاَّ بِإِسْكَانٍ وَنَحْوِهِ،

ما أحب الآخر أو كره لأنه قد رد اليمين عليه فليس له الرجوع فيها، وسواء كان ذلك عند السلطان أو غيره إذا شهد عليه بذلك وأقره. قال ابن رشد: هذه المسألة متكررة في هذا السماع من كتاب الدعوى، ومثله في الديات من المدوّنة. ولا اختلاف أعلمه في أنه ليس له أن يرجع إلى اليمين بعد أن يردها على المدعي، واختلف هل له أن يرجع إليها بعد أن نكل عنها ما لم يردها على المدعي؛ فقيل: ليس له ذلك وهو ظاهر ما في الديات عن المدونة ورواية عيسى عن ابن نافع في المدوّنة. وقيل: له ذلك وهو ظاهر قول ابن نافع في المدونة اهـ. وانظر رسم الغيلة من سماع ابن القاسم في الديات. ولا يعارض هذا ما وقع في كتاب ابن سحنون. وقد فرق ابن عرفة بينهما في باب الإقرار ص: **(وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه)** ش: ختم رحمه الله كتاب الشهادات بالكلام على الحيازة لأنها كالشاهد على الملك. قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز باتفاق، ولكنها تدل على الملك كإرخاء الستور ومعرفة العفاص والوكاء وما أشبه

نكل بخلاف ما إذا التزمها ثم رجع. قال ابن عرفة: قول ابن شاس إذا تم نكوله ثم قال: أنا أحلف لم يقبل هو قولها. قال مالك: إذا نكل مدعو لدم عن اليمين وردوا الأيمان على المدعى عليه ثم أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا لم يكن لهم ذلك. وكذلك قال لي مالك فيمن أقام شاهداً على مال وأبى أن يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ثم بدا له أن يحلف فليس له ذلك، وأما إذا التزم اليمين ثم أراد الرجوع إلى إحلاف المدعي فقال أبو عمران: له ذلك. قال أبو عمران: وخالفني ابن الكاتب وقال: ليس له رد اليمين **(وإن ردت على مدع وسكت زمناً فله الحلف)** ابن شاس: نكول المدعي بعد نكول المدعى عليه كحلف المدعى عليه. ابن عرفة: هذا هو نص الروايات في المدونة وفي غيرها، ومثله قول ابن الحاجب: لو ادعى أنه قضاه ثم نكل بعد نكوله لزمه، وقال ابن عرفة: الأقوال ثلاثة ومن وجبت عليه يمين فقال: امهلني يومين أو ثلاثة انظر في حسابي قيل يمهل، وقيل لا، وقيل يمهل ثلاثة أيام لا يزاد عليها. وسئل ابن عتاب إذا رد المطلوب اليمين على الطالب فسكت ثم أراد أن يحلف فقال الراد لا أمكنك الآن وأنا أحلف على إنكاري دعواك واليمين إنما بقيت عليّ لا عليك، فجاوب: يحلف الطالب ويستحق ما حلف عليه، قاله مالك وعامة أصحابه. ابن سهل: هو في سماع أصبغ وسماع عيسى وفي المختلطة **(وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته إلا بإسكان ونحوه)** لا مزيد على ما تقدم عند قوله «وحوز طال كعشر» وعند قوله «وبنقل على مستصحبة». وقال ابن الحاجب: العمارة مدة طويلة والمدعي شاهد ساكت ولا مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبهه فغير مسموعة ولا تسمع بينة إلا بإسكان أو إعمار أو مساقاة أو شبهها انتهى.

....

ذلك فيكون القول معها قول الحائز مع يمينه لقول النبي ﷺ: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» لأن المعنى عند أهل العلم في قوله ﷺ: «هو له» أي أن الحكم يوجبه له بدعواه. فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة وهي عشرة أعوام دون هدم ولا بنيان أو مع الهدم والبنيان على ما نذكره من الخلاف في ذلك بعد هذا وادعاه ملكاً لنفسه بابتياع أو صدقة أو هبة، وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه انتهى. وسواء ادعى صيرورة ذلك من غير المدعي أو ادعى أنه صار إليه من المدعي. أما في البيع فلا أعلم فيه خلافاً، وأما إن أقر أنه ملك المدعي وصار إليه بصدقة أو هبة ففيه خلاف. ذكره في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق. وقول ابن رشد: «فيكون القول قول الحائز مع يمينه» هو أحد القولين. قال في الشامل: وفي يمين الحائز حينئذ قولان، والقول بنفي اليمين عزاه في التوضيح لظاهر نقل ابن يونس وغيره، والقول باليمين عزاه لصريح كلام ابن رشد فهو أقوى وهو الظاهر والله أعلم. ثم قال ابن رشد: والحيازة تنقسم إلى ستة أقسام: أضعفها حيازة الأب عن ابنه، ويليها حيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغيره، ويليها حيازة القرابة فيما لا شرك بينهم فيه. والموالي والأختان الشركاء بمنزلتهم، ويليها حيازة الموالي والأختان فيما لا شرك بينهم فيه، ويليها حيازة الأجنبيين الشركاء، وتليها حيازة الأجانب فيما لا شرك بينهم فيه وهي أقواها.

والحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها والسكنى والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال. ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله. والاستخدام في الرقيق. والركوب في الدابة كالسكنى فيما يسكن، والازدراع فيما يزرع، والاستغلال في ذلك كالهدم والبنيان في الدور والغرس في الأرضين انتهى. فبدأ المصنف بالكلام على القسم السادس وهي حيازة الأجنبي غير الشريك فقال: «وإن حاز أجنبي غير شريك». واحترز بقوله: «أجنبي» من القريب فإنه سيأتي

انظر من هذا المعنى قول مالك: كل مال بيع أو تصدق به وصاحبه حاضر ينظر حتى بيع أو تصدق به ثم أراد الدعوى فيه بعد ذلك، فليس ذلك له لأن ذلك مكر وخديعة إذا كان في بلد غير مقهور بالطاقة. نقل في المفيد: أما إذا بلغه عن ماله أنه بيع عليه فلم يقم بحدثان ذلك ولا أشهد عدولاً على الإنكار لذلك الفعل، فذلك رضا بالبيع وتسليم له. وسئل ابن زرب عمن بيع ماله بمحضره ولم ينكر فقال: يقضى له بالثمن وليس له نقض البيع. وسئل أيضاً إذا كان غائباً ثم علم وسكت السنة والسنتين إن له القيام. وقال أبو عمران وابن عبد الحكم: ليس له قيام إلا إن قام بعد اليوم والأيام اليسيرة. راجع المفيد قبل ترجمة بيع الرقيق. وانظر ابن سلمون في ترجمة بيع الأب والوصي والفضولي، وانظر كلام ابن رشد بعد هذا عند قوله «وفي الشريك القريب». وانظر من هذا المعنى أيضاً إذا رأى التركة تقسم ثم قام بذكر حق أنه لا شيء له. نقل ابن سهل من نوازل عيسى ذكرها في النصف الأخير عن ابن

كَشَرِيكٍ أَجْنَبِيٌّ حَازَ فِيهَا إِنْ هَدَمَ وَبَنَى،

حكمه. وبقوله: «غير شريك» من الأجنبي الشريك فإنه سيأتي أيضاً حكمه. ومفعول قوله: «حاز» محذوف أي حاز عقاراً من دار أو أرض. وأما غير العقار فلا يفتقر في الحيازة إلى عشرة أعوام كما سيأتي بيانه. وقوله: «وتصرف» بمعنى أنه يشترط في الحيازة أن يكون الحائز يتصرف في العقار المحوز. وأطلق التصرف لينبه على أن حيازة الأجنبي غير الشريك يكفي فيها مطلق التصرف ولو كان ذلك السكنى والازدراع الذي هو أضعف أنواع الحيازة وهذا هو المشهور. وقال في الرسم المذكور: المشهور في المذهب أن الحيازة بينهم يعني بين الأجانب غير الشركاء تكون في العشرة الأعوام وإن لم يكن هدم ولا بنيان. وعن ابن القاسم أنها لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان، ولا خلاف أنها تكون حيازة مع الهدم والبنيان انتهى. وقوله: «ثم ادعى حاضر» يعني أنه يشترط في كون الحيازة مانعة من سماع دعوى المدعي أن يكون المدعي حاضراً. واحترز بذلك مما لو كان المدعي غائباً فإن له القيام وإن طالت المدة إذا كانت غيبته بعيدة كالسبعة الأيام. قال في التوضيح: وإن كانت الغيبة قريبة كأربعة أيام وثبت عذره عن القدوم والتوكيل من عجز ونحوه فلا حجة عليه، وإن أشكل أمره فظاهر المذهب أنه على قولين. قال ابن القاسم: لا يسقط حقه لأنه قد يضعف عن القدوم. قيل له: فإن لم يتبين عجزه عن ذلك؟ قال: قد يكون معذوراً من لا يتبين عذره. وذكر ابن حبيب أنه يسقط حقه. إلا أن يتبين عذره انتهى. وانظر رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق.

وقوله: «ساكت» يعني أنه يشترط أيضاً في الحيازة أن يكون المدعي ساكتاً في مدة الحيازة. واحترز بذلك مما لو تكلم قبل مضي مدة الحيازة فإن حقه لا يبطل. وقوله: «بلا مانع» يعني أن سكوت المدعي في المدة المذكورة إنما يبطل حقه إذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام. فلو كان هناك مانع يمنعه من الكلام فإن حقه لا يبطل. وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر. وقد احترز المصنف من القرابة والصهر بقوله أولاً: «أجنبي» فيكون المراد بالمانع في كلامه الخوف أي خوف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستنداً لذي سلطان، فإن كان سكوته لذلك لم يبطل حقه. قال الجزولي: وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين ويخاف إن نازعه أن يطلبه ولا يجد من أين يعطيه. انتهى فتأمله. ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيراً أو سفيهاً فإن سكوته لا يقطع دعواه. قال ابن فرحون في تبصرته في الباب السادس والستين قال: قال ابن العطار: ولا يقطع قيام البكر غير المعنسة ولا قيام الصغير

لبابة وغيره (كشريك أجنبي حاز فيها إن هدم وبنى) قال ابن رشد: واللفظ لابن سلمون. وأما الأجنبيون فيما لا شركة بينهم فيه فإن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام بأي وجه كانت من وجوه الاعتبار وإن لم يكن هدم ولا بناء على المشهور من المذهب، وأما فيما بينهم فيه

ولا قيام المولى عليه الاعتمار المذكور بحضرته إلا أن يبلغ الصغير ويملك نفسه المولى عليه وتعنس الجارية وتحاز عنهم عشرة أعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم لا يتعرضون من غير عذر انتهى. ويدخل في المانع أيضاً ما إذا لم يعلم المدعي بالحيازة أو لم يعلم بأن العقار المحوز ملكه. قال في الرسالة: ومن حاز داراً على حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم. قال الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر كتاب الشهادات لما تكلم على الحيازة وفي الرسالة وصاحبها حاضر عالم. الشيخ: أي عالم بالمعلومين بتصرف الحائز وبأنها ملكه. قال في الوثائق المجموعة: حاضر عالم بأنها ملكه وإذا كان وارثاً ويدعي أنه لم يعلم فيحلف ويقضى له انتهى ونقله ابن فرحون في تبصرته عن الطخيخي عن أبي الحسن الصغير بلفظ: لا بد هنا من العلم بشيئين وهما العلم بأنه ملكه والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر لأنه إذا علم بالتصرف قد يقال ما علمت أنه ملكي كما يقول الرجل الآن وجدت الوثيقة عند فلان فيقبل قوله ويحلف. والعلم بهذين الوصفين قاله في الوثائق المجموعة وابن أبي زيد انتهى.

فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: قال ابن العربي: وانظر إذا قال علمت الملك ولم أجد ما أقوم به ووجدته الآن هل يعذر أم لا؟

قلت: اختار شيخنا أبو مهدي أنه يقبل وذلك عذر، سواء كانت البينة التي وجد بينة استرعاء أم لا. والصواب عندي أنه لا يقبل منه لأنه كالمقر والمعترف بأنه لا حق له فيه مدع رفعه انتهى. زاد في شرح المدوّنة: ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة أعوام فكتب فيها لشيخنا أبي مهدي فأفتى بما صوبت انتهى. قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح قول الرسالة: «لا يدعي شيئاً» هذا إذا لم يمنعه مانع من القيام، وأما إن خاف سطوة الحائز وأثبت ذلك فهو على قيامه، وإن ادعى مغيب البينة وقال ما سكت إلا لانتظار بينتي فلا يقبل قوله، والدعوى التي تنفعه إذا كان يخاصمه عند القاضي، وأما غير ذلك فلا ينفعه اهـ ونحوه للجزولي ونصه: وأما إذا قال علمت أنها ملكي ولكن منعني من القيام عدم البينة والآن وجدت البينة فإنه لا ينفعه ذلك ويقضى بها للحائز بعد يمينه إذ لا بد من يمين القضاء. ثم قال بعد ذلك: وأما إن قال علمت بأنها ملكي ولم أعلم بالحيازة فإنه لا يقبل قوله لأن العرف يكذبه. وكذلك إن قال منعني من القيام عدم البينة والآن وجدتها فإنه لا ينفعه ولا قيام له انتهى. وفي أول مسألة من سماع أشهب من كتاب الاستحقاق ما يدل على أنه إذا ادعى عدم العلم بالحيازة ينفعه ذلك ويحلف، وأنه محمول على عدم العلم. وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: «وصاحبها حاضر عالم» ظاهر كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم بالملكية حتى يثبت، وعزاه بعض من لقيناه لابن سهل وهو ظاهر التهذيب. وقيل: إنه محمول على العلم حتى يتبين خلافه وهو قول ابن رشد. وقيل بالأول إن كان وراثاً، وبالثاني إن لم يكن. قاله في الوثائق المجموعة وبه القضاء عندنا. هكذا كان يتقدم لنا أنها ثلاثة أقوال. والحق أن الذي في الوثائق المجموعة

إنما هو التنبيه على فرع متفق عليه وهو إذا ادعى الوارث الجهل بملكية مورثه فإنه يقبل قوله مع يمينه. ثم قال بعده: قال ابن العربي: وانظر إذا قال علمت المالك إلى آخر الفرع المتقدم ويشير بالفرع المتفق عليه إلى ما نقله أبو الحسن وابن فرحون عن الوثائق المجموعة في كلامها المتقدم.

وقوله: «عشر سنين» يعني أن مدة الحيازة الذي تبطل دعوى المدعي عشر سنين، وهذا التحديد ذكره في المدونة عن ربيعة ونصه: ولم يحد مالك في الحيازة في الربع عشر سنين ولا غير ذلك. وقال ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى أو أسكن أو أخدم أو أعار ونحوه ولا حيازة على غائب. وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له».انتهى. قال في التوضيح: وبهذا أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله عن زيد بن أسلم وذكر الحديث. ثم قال: ولابن القاسم في الموازية أن السبع والثمان وما قارب العشرة مثل العشرة انتهى. فتحصل في مدة الحيازة ثلاثة أقوال: الأول قول مالك في المدونة أنها لا تحدد بسنين مقدرة بل باجتهاد الإمام، وهكذا نقل ابن يونس فقال: ولم يحد مالك في الرباع عشر سنين ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر فيما يهدم ويبنى ويسكن ويكرى اهـ. وهكذا نقله ابن عرفة وسيأتي لفظه. والقول الثاني أن مدة الحيازة عشر سنين وهو القول الذي مشى عليه المصنف في كتاب الشهادات، وعليه اقتصر في الرسالة. قال في النوادر: وبه أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، وهكذا عزاه ابن يونس وابن شاس، وتقدم نحوه عن التوضيح ونقله ابن عرفة عن النوادر. وقال ابن يونس: قال ابن سحنون: لما أمر الله نبيه بالقتال بعد عشر سنين كانت أبلغ شيء في الإعذار. واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة، ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل على انتقاله عنه والله أعلم. والقول الثالث أن مدة الحيازة سبع سنين فأكثر وهو قول ابن القاسم الثاني. وقد ذكر ابن عرفة هذه الثلاثة الأقوال فقال: وفي تحديد مدة الحيازة بعشر أو سبع ثالثها لا تحديد بعدة بل باجتهاد الإمام. وقال في المسائل الملقوطة:

مسألة في قناة تجري منذ سنة في أرض رجل والذي تجري عليه ساكت لا تكون السنة حيازة للتغافل عن مثلها وسكوت أربع سنين طول وحوز. من كتاب الشهادات لابن يونس انتهى. فتأمله مع ما تقدم. وهل يكون قولاً رابعاً أو لا والله أعلم. وقوله: «لم تسمع ولا بينة» هو جواب الشرط يعني أن الحيازة إذا وقعت على الوجه المذكور فهي مانعة من سماع دعوى المدعي. والظاهر أن المراد بعدم سماعها عدم العمل بها وبمقتضاها من أنه لا يتوجه على المدعى عليه يمين إذا أنكر أنه لا تسمع ابتداء ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها فإن ذلك غير ظاهر لاحتمال أن يقر المدعي ويعتقد أن مجرد حوزه يوجب له الملك. وقد تقدم أن الحوز وحده لا

ينقل الملك وإنما هو دليل على انتقال الملك. وقال ﷺ: «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم» قال ابن رشد في آخر الكلام على المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق: وإن الحائز لا ينتفع بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل في الحكم بالحيازة انتهى. وسيأتي كلامه برمته في التنبيه الخامس في قول المصنف: «وإنما تفترق الدار من غيرها». وقوله: «ولا بينته» يعني أن الحيازة المذكورة مانعة من سماع دعوى المدعي ومن سماع بينته أيضاً. فإن قيل: قوله: «لم تسمع دعواه» يغني عن قوله: «ولا بينته» لأنه إذا لم تسمع الدعوى لم تسمع البينة. فالجواب والله أعلم: إنما قال ولا بينته خشية أن يتوهم أن الدعوى المجردة عن البينة هي التي لا تسمع، وأما إذا قامت بها البينة فتسمع كما تقول في دعوى العبد على سيده العتق والمرأة على زوجها الطلاق، فإن دعواهما لا تسمع إذا كانت مجردة عن البينة أعني أنه لا يتوجه على السيد ولا على الزوج بسببهما يمين، فإن أقاما البينة على دعواهما سمعت. وأيضاً فإنما قال: «ولا بينة» ليفرع عليه قوله: «إلا بإسكان» ونحوه. والمعنى أنه لا تسمع بينة المدعي إلا أن تشهد البينة للمدعي بأنه أسكن الحائز أو أعمره أو ساقاه أو زارعه أو شبه ذلك، فإنه إذا أقام البينة على ذلك حلف المدعي على رد دعوى الحائز وقضى له. وهذا إن ادعى الحائز أن المالك باعه أو نحو ذلك، وأما إن لم يدع نقل الملك وإنما تمسك بمجرد الحيازة فلا يحتاج إلى يمين. قاله في التوضيح وغيره.

تنبيهات: الأول: الهدم والبناء مقيدان بما إذا لم يهدم ما يخشى سقوطه فإن ذلك لا ينقل الملك وكذا الإصلاح اليسير. قاله في التوضيح.

الثاني: الحيازة على النساء عاملة إن كن في البلد. ذكره ابن بطال في المقنع.

الثالث: تقدم أنه لا حيازة على الغائب. قال ابن بطال: إلا أنه يستحب له إذا علم أن يشهد أنه على حقه. وقاله الرجراجي.

الرابع: قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: وأما المدة فينبغي أن يستوي فيها الوارث والموروث لعموم قول النبي ﷺ: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة الموروث مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ما كان مورثه قد حازه خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة عن الحاضر انتهى.

الخامس: اختلف هل يطلب الحائز ببيان سبب ملكه؟ قال في التوضيح: قال ابن أبي زمنين لا يطالب. وقال غيره: يطالب. وقيل: إن لم يثبت أصل الملك المدعي فلا يسأل الحائز عن بيان أصل ملكه، وإن ثبت الأصل للمدعي ببينة أو بإقرار الحائز سئل عن سبب ذلك. وقال ابن عتاب وابن القطان: لا يطالب إلا أن يكون معروفاً بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك. انتهى باختصار. وظاهر كلام ابن رشد في رسم سلف أن الحائز يطالب ببيان سبب ملكه لأنه

حينئذ قال: إذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة وادعاه ملكاً لنفسه بابتياع أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه. واختلف إذا كان هذا الحائز وارثاً فقيل: إنه بمنزلة الذي ورث ذلك عنه في أنه لا ينتفع بها دون أن يدعي الوجه الذي يصير به ذلك إلى مورثه، وهو قول مطرف وأصبغ. وقيل: ليس عليه أن يسأل عن شيء لأنه يقول ورثنا ذلك ولا أدري بماذا صار ذلك إليه. وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب وقول ابن الماجشون. وقوله: «عندي بين فإنه ليس عليه أن يسأل عن شيء انتهى. وأفتى في نوازله بأن الحائز لا يطالب بشيء حتى يثبت القائم عليه الملك وسيأتي كلامه في التنبيه السادس. وجزم في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار بأنه إذا ثبت أصل الملك لغيره فلا بد من بيان سبب ملكه. قال: بأن يقول اشتريته منه أو وهب لي أو تصدق به عليّ أو يقول ورثته عن أبي أو عن فلان ولا أدري بأي وجه يصير إلى الذي ورثته منه. قال: وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدعي شيئاً من هذا فلا ينتفع به مع الحيازة إذا ثبت أصل الملك لغيره انتهى.

فرع: قال ابن سهل في مسائل الأقضية: من ادعى عليه بأملاك فقال عندي وثائق غائبة ثم طولب عند حاكم آخر فأنكر تلك المقالة فقال ابن العطار: ليس عليه إحضار الوثائق انتهى. انظر تمامها فيه.

الثالث: لا تسقط الحيازة ولو طالت الدعوى في الحبس، بذلك أفتى ابن رشد في نوازله في جواب المسألة الخامسة من مسائل الوقف، وهي مسألة تتضمن السؤال عن جماعة واضعين أيديهم على أملاكهم وموروثهم وموروث موروثهم نحواً من سبعين عاماً يتصرفون فيه بالبناء والغرس والتعويض والقسمة وكثيراً من وجوه التفويت، فادعى عليهم بوقفيتها شخص حاضر عالم بالتفويت المذكور والتصرف هو ومورثه من قبله ونصه: ولا يجب القضاء بالحبس إلا بعد أن يثبت التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس وبعد أن تتعين الأملاك المحبسة بالحيازة لها على ما تصح فيه الحيازة، فإذا ثبت ذلك كله على وجهه وأعذر إلى المقوم عليهم فلم يكن لهم حجة إلا من ترك القائم وأبيه قبله عليهم وطول سكوتهما عن طلب حقهما مع علمهما بتفويت الأملاك، فالقضاء بالحبس واجب والحكم به لازم انتهى. وأفتى بذلك أيضاً في المسألة السادسة من مسائل الدعوى والخصومات في مسألة ابن زهر وهي مسألة تتضمن أن رجلاً في ملكه ضيعة ورثها عن سلفه منذ سبعين عاماً هو وأبوه وهم يتصرفون فيها تصرف المالك في ملكه، فقام عليه رجل وادعى أن الضيعة رهن بيده وبذلك ملكها سلفه قبله منهم، واستدعى عقد السماع بالرهن فأثبت الذي بيده الضيعة أن جده ابتاعها من جد القائم عليه فيها. فأفتى أن شهادة الشراء اعمل ثم قام ذلك الرجل المشتري المدعي الرهنية بعينه وادعى أنها حبس عليه وأثبت عقد التحبيس بالشهادة على خطوط شهدائه، فهل ترى قيامه أولاً بالرهن يبطل قيامه

وَفِي الشَّرِيكِ الْقَرِيبِ مَعَهُمَا، قَوْلاَن،

بالحبس أم لا؟ فأجاب: كان من وجه الحكم أن لا يكلف الذي بيده الضيعة من أين صارت إليه حتى يثبت القائم ملك الراهن لها ورهنه إياها وموته وأنه وارثه أو وارث وارثه، وكذلك الحكم في قيامه بالحبس سواء في مذهب مالك وجميع أصحابه غير أن قول المقوم عليه أن جده ابتاعها من جد القائم عليه إقرار منه له بملكها، فإن كان هو المحبس وأثبت حفيده عقد التحبيس وأنه من عقبه لا عقب له غيره بالسماع إن عجز عن البينة القاطعة وأعذر إلى المقوم عليه فيما ثبت من ذلك فلم يكن عنده فيه مدفع، فالواجب أن يسأل المقوم عليه. فإن أقر أنها هي التي وقع ذكرها في كتاب التحبيس لم يجب على القائم فيها حيازة لاتفاقهما عليه. وانظر إلى تاريخ كتاب صاحب التحبيس وتاريخ السماع بشراء جد المقوم عليه من جد القائم، فإن وجد تاريخ الحبس أقدم قضى به وبطل الشراء ووجب الرجوع بالثمن، وإن وجد تاريخ السماع بالشراء أقدم أو لم يعلم أيهما أقدم قبل صاحبه قضى بالشراء وبطل التحبيس، وهكذا الرواية في ذلك. ثم قال في جواب ثان على المسألة بعينها إثر الجواب الأول: وسائر ما تضمنه عقد التحبيس الثابت لا يوجب أن يسأل من بيده شيء من ذلك من أين صار له ولا يعتقل عليه ولا يكلف إثباتاً ولا عقلاً إلا من بعد أن يثبت القائم بالتحبيس ملك المحبس لما حبسه ويحوز ما أثبت تحبيسه حيازة صحيحة على الوجه الذي ذكرناه. وهذا أصل لا اختلاف فيه أعني أن من بيده ملك لا يدعيه يكلف إثبات من أين صار له حتى يثبت المدعي ما ادعاه ويحوزه، ولا يلزم المقوم عليه إذا قضى ببقاء الملك بيده وحكم بقطع الاعتراض عنه بشيء من ثمن ما ادعى شراءه إذا مضى من طول المدة ما صدق فيه المبتاع على أداء ثمن ما ابتاعه في قول مالك وجميع أصحابه. ولو لم يمض لم يحكم للمدعي أيضاً بالثمن حتى يرجع عما ادعاه من التحبيس إلى تصديق دعوى المشتري على اختلاف أصحابنا المتقدمين، أي واستفيد من هذه المسألة فوائد منها أنه مشى على أنه لا يسأل واضع اليد عن شيء حتى يثبت القائم الملك، ومنها حكم شهادة السماع في الرهن، ومنها القضاء بالتاريخ السابق، ومنها إذا جهل السابق من تاريخ الشراء أو الحبس قضى بتاريخ الشراء وبطل الحبس، وأفتى غيره أنه إذا جهل التاريخ قدم الحبس والله أعلم. ص: **(وفي الشريك القريب معهما قولان)** ش: يعني أنه اختلف في الشريك القريب إذا حاز العقار بالبناء والهدم هل تكون مدة الحيازة في حقه عشر سنين

شركة فلا تكون العشرة الأعوام حيازة إلا مع الهدم والبناء. **(وفي الشريك القريب معهما قولان)** ابن سلمون: أما الاعتمار بين القرابات فهو على ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون بالمسكنى وازدراع الأرض ونحو ذلك، فلا يحكم به حتى يزيد على الأربعين عاماً. والثاني أن يكون بالهدم والبناء والغرس وعقد الكراء ونحو ذلك، فيكون الحكم في ذلك حكم الأجنبيين والحيازة في ذلك العشرة ونحوها. قاله ابن

....

كالأجنبي أو لا يكفي في ذلك عشر سنين ولم يبين المصنف قدر مدة الحيازة على القول الثاني والقولان لابن القاسم ذكرهما في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فكان أولاً يقول: إن العشر سنين حيازة ثم رجع إلى أن ذلك لا يكون حيازة إلا أن يطول الأمر أزيد من أربعين سنة.

تنبيهات: الأول: ظاهر كلام المصنف وغيره أن القولين متساويان، وقد علمت أن القول الذي رجع إليه ابن القاسم أن ذلك لا يكون حيازة، ولا شك أن العمل على القول المرجوع إليه فتأمله.

الثاني: علم من قول المصنف «معهما» أنه لا تحصل الحيازة بين القرابة الشركاء إذا لم يكن هدم ولا بنيان وهو كذلك كما سيأتي في كلام ابن رشد في شرح قول المصنف: «وإنما تفترق الدار من غيرها» ويأتي أيضاً هناك بيان حكم الحيازة بين القرابة الشركاء في غير العقار والله أعلم.

الثالث: لم يذكر المصنف حكم القريب الذي ليس بشريك. وذكر ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم أن قول ابن القاسم اختلف في ذلك، فجعله مرة كالقريب الشريك قال: فيكون قد رجع عن قوله أن الحيازة لا تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان إلى أنه لا حيازة بينهم في ذلك إلا مع الطول الكثير وهو نص قوله في سماع يحيى المذكور. ومرة رآهم بخلاف ذلك فلم يرجع عن قوله أن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان وهو دليل قوله في السماع المذكور انتهى.

قلت: فعلم من كلام ابن رشد هذا أن القول بأن حكم القريب الذي ليس بشريك كحكم القريب الشريك هو الراجح لقوله إنه نص قول ابن القاسم، وأن الثاني إنما هو مفهوم

القاسم في رواية يحيى. ورُوي عنه أيضاً أن الحكم في ذلك واحد، ولا بد أن يحوز ذلك أزيد من أربعين عاماً. والقسم الثالث ما حازه بالبيع والعتق والكتابة والتدبير، فلم يختلف في ذلك أنهم كالأجنبيين. وقيل: إنما يفرق بين القرابات والأجنبيين في البلاد التي يعرف من أهلها أنهم يتوسعون بذلك لقرابتهم انتهى. ومن هذا المعنى ما نقله البرزلي عن الباجي أن عشر سنين لا تقطع حق القرابة إلا أن يثبت أن بين القائم والمقوم عليه من عدم المسامحة والتشاح ما لا يترك الحق به هذه المدة. وحكى مثل هذا في الحقوق في غير الأملاك عن المازري قال: إذا أثبت المطلوب باليمين أن مثل هذا لا يسكت عن طلب ما ذكر هذه المدة من غير عذر فإن اليمين تسقط عن المدعى عليه. وانظر قبل هذا عند قوله «وقدمت بينة الملك». ومن نوازل ابن الحاج فيمن باع ملكاً وعلم شريكه فيه فأراد الشريك الذي لم يبع أن يأخذ حقه من الملك ويأخذ بقيته بالشفعة قال: ليس له ذلك والاشتراء للمشتري ماضٍ ولا شفعة فيه وإنما له حصته من الثمن فقط، وهذا إذا قام الشريك الذي لم يبع

من كلام ابن القاسم فتأمله. وتحصل من هذا أن الحيازة بين القرابة، سواء كانوا شركاء أو غير شركاء، لا تكون بالسكنى والازدراع وإنما تكون بالهدم والبناء في الأمد الطويل الذي يزيد على أربعين سنة على الأرجح من القولين والله أعلم.

الرابع: محصل كلام ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وأن الحيازة لا تكون بين أب وابنه بالسكنى والازدراع والاستخدام والركوب اتفاقاً، وكذلك الأقارب الشركاء بميراث وغيره على الأظهر، وكذا الشركاء الأجانب الذين الشركة بينهم فتكفي الحيازة عشرة أعوام وإن لم يكن هدم ولا بنيان على المشهور، وإن حصل هدم وبناء وغرس فتكفي العشرة الأعوام في الشريك الأجنبي وفي الشريك القريب مع ذلك قولان. وفي كون ذلك القريب غير الشريك والمولى والصهر الشريكان ثالثها في الصهر والمولى دون

بقرب ذلك. راجع أنت ابن يونس. ورأيت فتوى لشيخ شيوخنا الحفار والعادة أن لا يترك أحد ماله عند غيره مدة طويلة فكيف بكافر مع مسلم، وقد قال الفقهاء: إن من عرف بالتعدي فيغلب الحكم في حقه. وكذلك في هذا يحلف المسلم أنه عليه من ذاك الحق ويسقط حق اليهودي. وعرف عياض بالقاضي شبطون أول من أدخل الأندلس الموطأ شرط إن ولي القضاء أن يخرج من يد الجانب ما يدعي وكلف الجانب البينة. قيل ليحيى بن يحيى: هو وجه القضاء؟ قال: نعم فيمن عرف بالظلم. وعبارة ابن رشد: أما حيازة الأقارب للشركاء بالميراث أو بغير الميراث فلا خلاف أنها لا تكون بالسكنى والازدراع ولا في أنها تكون حيازة بالتفويت من البيع والهبة والعتق ونحوها وإن لم تطل المدة، هذا من حيث الجملة ويفترق فيه الحكم على التفصيل إذ لا يخلوا أنه يكون فوت بذلك كله الكل أو الأكثر أو الأقل أو النصف. أما إذا فوت الكل بالبيع فإن كان المحوز عليه حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في حصته وكان له الثمن، وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى انقضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه أنه انفرد به بالوجه الذي يذكره من ابتياع أو مقاسمة وما أشبه ذلك، وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ حقه، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته إياه اهـ. من ابن رشد. وقد نقلت ما يناسب لفظ خليل بزيادة نكت لا بد من معرفتها، وراجع أنت ابن عرفة ورسم تسلف من سماع ابن القاسم من الاستحقاق، فقد ذكر حكم التفويت بالهبة والعتق والكتابة ونحوها أو بالوطء، وذكر أيضاً إذا حاز النصف أو الأقل أو الأكثر بشيء مما تقدم، فإن الطالب إذا علم ما نص عليه من المسائل وأشير له مواضعها توفرت دواعيه على مراجعتها في مواضعها إذ ليس المقصود بتأليفي هذا إذهاب خصوصية كتاب، وإنما قصدي نقل لباب اللباب من كل باب إذا حصله الطالب نشط لمراجعة الفقه وهانت عليه مسائله الصعاب، فمن طالع هذه المسألة في البيان أو في ابن عرفة قد يشغل ذهنه ما هو مستغنى عنه مما تركته فيفوته ذلك هذا اللباب الذي نخلته، فمراجعة الفقه بعد تحصيل ما قررت في تأليفه نعم العون

لاَ بَيْنِ أَبٍ وَٱبْنِهِ، إِلاَّ بِكَهِبَةٍ، إِلاَّ أَنْ يَطُولَ مَعَهُمَا مَا تَهْلِكُ الْبَيِّنَاتُ، وَيَنْقَطِعُ الْعِلْمُ، وَإِنَّمَا تَفْتَرِقُ الدَّارُ مِنْ غَيْرِهَا فِي الأَجْنَبِيِّ، فَفِي الدَّابَّةِ وَأَمَةِ الخِدْمَةِ، السَّنَتَانِ، وَيُزَادُ فِي عَبْدٍ وَعَرْضٍ.

القريب. وفي كون السكنى والازدراع في العشرة حيازة لمولى وصهر غير شريكين أو إن هدم وبنى أو إن طال جداً أقوال والله أعلم. ص: (لا بين أب وابنه إلا بكهبة) ش: قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: وتحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والولاء ولو بين أب وابنه ولو قصرت المدة إلا أنه إن حضر مجلس البيع فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في حصته وكان له الثمن، وإن سكت بعد العام ونحوه حتى استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ منه، وإن سكت العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى. مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحقه الحائز، وإن حضر مجلس الهبة والصدقة والتدبير والعتق فسكت حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء، وإن لم يحضر ثم علم فإن قام حينئذ كان له حقه، وإن سكت العام ونحوه فلا شيء له، ويختلف في الكتابة هل تحمل على البيع أو على العتق قولان. انتهى مختصراً. ص: (وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان ويزاد في عبد وعرض) ش: يعني أنه إنما يفترق بين الدور وغيرها في مدة الحيازة إذا كانت الحيازة بين الأجانب، وأما في حيازة القرابة بعضهم على بعض فلا

للطالب، فليفهم مقصودي والله تعالى يجعلنا من المتعاونين على طاعته بمنه ورحمته (لا بين أب وابنه إلا بكهبة إلا أن يطول معها ما تهلك البينات وينقطع العلم) ابن رشد: أما حيازة الأب على ابنه والابن على أبيه، فلا خلاف أنها لا تكون بالسكنى والازدراع، ولا في أنها تكون بالتفويت من البيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والوطء. واختلف هل يحوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس أم لا على قولين: أحدهما أنه لا يحوز عليه بذلك إن ادعاه ملكاً لنفسه قام عليه في حياته أو بعد وفاته، وهو قول مالك والمشهور في المذهب. يريد والله أعلم إلا أن يطول الأمد جداً إلى ما تهلك فيه البينات وينقطع العلم. ومن نوازل البرزلي: الحوز لا يقطع حق القرابة إلا أن يثبت أن بينهم من عدم المسامحة والتشاح ما لا يترك فيه الحق هذه المدة فيكون لذلك الزمان الإسقاط. ومن هذا المعنى ما للمازري فيمن طلب رهناً زعم أنه كان في حق قبله منذ عشرة أعوام فأجاب: إن كان مثل هذا لا يسكت عن طلب ما ذكر طول هذه المدة من غير عذر فإن اليمين تسقط. وأجاب ابن رشد: من ادعى عقاراً بيد غيره لا يسأل المطلوب من أين صار له. قال ابن لب: عقود الأصول لا توجب استحقاقاً من يد من الشيء بيده ليست بحجة (وإنما تفترق الدور من غيرها في الأجنبي ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان ويزاد في عبد وعرض) ابن رشد: لا فرق في مدة حيازة الوارث لورثته بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في حيازة

يفرق بين الدور وغيرها. قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: إن الأقارب والشركاء بالميراث أو بغير الميراث لا خلاف أن الحيازة بينهم لا تكون بالسكنى والازدراع، ولا خلاف أنها تكون بالتفويت بالبيع والصدقة والهبة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وإن لم تطل المدة، والاستخدام في الرقيق والركوب في الدواب كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع. قال: والاستغلال في ذلك كالهدم والبنيان في الدور وكالغرس في الأرضين. ثم قال: ولا فرق في مدة حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدواب والثياب. فقد قال أصبغ: إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتهن، وإن السنتين والثلاثة حيازة في الدواب إذا كانت تركب، وفي الإماء إذا كن يستخدمن، وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ في شيء من ذلك كله بين الأجنبيين إلى العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول. انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من كلام ابن رشد أن اللباس في الثياب كالسكنى في الدور، وأنه لا تحصل حيازة بين الأقارب ولو طالت المدة، وأن الاستقلال في الرقيق والدواب والثياب بمعنى قبض أجرة العبيد والدواب والثياب كالهدم والبنيان في العقار فلا تحصل الحيازة بين الأقارب في الرقيق والثياب والعروض إلا بالاستغلال، ويختلف في مدتها على القولين السابقين اللذين أشار إليهما المصنف بقوله: «وفي الشريك القريب معهما قولان» أو بالأمور المفوتة كالبيع والهبة والصدقة والعتق والوطء. ويعلم هذا من كلام المصنف لأنه لما جعل ذلك مفوتاً بين الأب وابنه أنه مفوت في حق غيرهما من باب أحرى والله أعلم.

الثاني: فهم من قول المصنف في الأجنبي أن القريب لا تفترق الدار من غيرها في حقه، سواء كان شريكاً أو غير شريك، ففيه إشارة إلى ترجيح القول بتساويهما كما تقدم ذلك.

الثالث: تقدم في كلام ابن رشد الثياب يكفي في حيازتها السنة والسنتان ولم يتعرض لها المصنف، بل قد يفهم من كلامه دخولها في العروض فتنبه لذلك.

الرابع: التفصيل الذي ذكرناه عن ابن رشد لا يؤخذ من كلام المصنف ولم ينقله في التوضيح وهو أتم فائدة فتأمله والله أعلم.

الأجنبي مال الأجنبي بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدواب والثياب. فقال أصبغ: إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتهن، وإن السنتين والثلاث حيازة في الدواب إذا كانت تركب وفي الإماء إذا كن يستخدمن وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ في ذلك كله بين الأجنبي إلا العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول.

الخامس: في المدة التي يسقط بها طلب الدين قال في المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة المنسوب لولد ابن فرحون: الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له ويصدق الغريم في دعوى الدفع، ولا يكلف الغريم ببينة لإمكان موتهم أو نسيانهم للشهادة. انتهى من منتخب الحكام لابن أبي زمنين. وفي كتاب محمد بن ياسين في مدعي دين سلف بعد عشرين سنة أن المدعى عليه مصدق في القضاء إذ الغالب أن لا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبيوعات. انتهى كلام المسائل الملقوطة. وقال والده ابن فرحون في تبصرته في الباب الثاني والستين في القضاء في شهادة الوثيقة والرهن على استيفاء الحق:

فرع: وفي مختصر الواضحة في آخر باب الحيازة قال عبد الملك: وقال لي مطرف وأصبغ: إذا ادعى رجل على رجل حقاً قديماً وقام عليه بذكر حقه وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها، أخذه به وعلى الآخر البراءة منه. وفي مفيد الحكام: إن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك الدين، وإن كانت معروفة في الأصل إذا طال زمانها هكذا ومن هي له وعليه حضور فلا يقوم عليه بدينه إلا بعد هذا بطول الزمان فيقول قد قضيتك وباد شهودي بذلك، فلا شيء على المديان غير اليمين. قال: وكذلك الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبض ماله من الوصي، فإن كانت مدة يهلك في مثلها شهود الوصي فلا شيء عليه وإلا فعليه البينة بالدفع انتهى. وقال البرزلي في أثناء مسائل البيوع: رأيت جواباً وأظنه للمازري في الديون فقال: إذا طال الزمان على الطالب وبيده وثائق وأحكام وهو حاضر مع المطلوب ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه وسكت عن الطلب؛ فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام، هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول مطرف، أو ثلاثون سنة وهو قول مالك؟ واتفقا جميعاً على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب. وقوله عليه السلام: «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم» معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب بدليل قوله ﷺ: «من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به» فأطلق عليه السلام ذكر الحيازة فهو عام في كل ما يحاز من ربع ومال معين وغيره. ومن اجتهد فحد في الرباع العشر سنين وحد في الدين العشرين والثلاثين رأى أن ذلك راجع إلى حال الطالب مع المطلوب، فمن غلب على حاله كثرة المشاحة وأنه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين جعلها حداً قاطعاً، ومن جعلها عشرين سنة أو ثلاثين أي أنها أقصى ما يمكن السكوت في بيع المتحمل فجعلها حداً قاطعاً لأعذار الطالبين، لأن الغالب من الحال أنه قضاء. وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب. وقاله مالك فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب

من الطلب قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، وإذا كان طول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعاً له من الطلب. فالطلب ممنوع في سائر المطالب دون وثائق وأحكام ورباع بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب.

قلت: هذا الجواب يقتضي أن ما بعد الثلاثين مجمع عليه وإذا أجراه على مسائل الحيازة ففيها قريب القرابة والبعيد والمتوسط والمقاطع لقريبه والمواصل له، فيجري عليها وفي بعضها ما يبلغ الخمسين وأكثر مع أني أحفظ لابن رشد في شرحه أنه إذا تقرر الدين وثبت لا يبطل وإن طال لعموم الحديث المتقدم. واختاره التونسي إذا كان ذلك بوثيقة مكتوبة وهي في يد الطالب والطلب بسببها لأن بقاءها بيد ربها دليل على أنه لم يقبض دينه. إذ العادة إذا قبض دينه أخذ عقده أو مزقه بخلاف إذا كانت الديون بغير عقود ولو وجدت بغير المطلوب وإلا ففيها قولان، حكاهما ابن رشد وخرجهما على القولين في الرهن إذا وجد بيد الراهن، هل هو إبراء له أم لا لجواز وقوعه وسقوطه أو التسور عليه ونحو ذلك، وقياسه على باب الحيازة فيه نظر لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله، وأما إذا ثبت أصله بكراء أو إعارة أو إعمار أو غير ذلك فلا يزال الحكم كذلك وإن طال الزمان والدين إن ثبت أصله أيضاً وإن كان في هذا الأصل خلاف في كتاب الولاء من المدونة لكن مذهب ابن القاسم ما ذكره خلافاً لقول الغير، وعليه جرى عمل القضاة في هذا الزمان بتونس ما لم تقترن قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان فيعمل عليها في البراءة والله أعلم انتهى. ويشير والله أعلم بقوله: «وقياسه على باب الحيازة فيه نظر» لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله إلى ما قاله في شرح المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق. ولنذكر المسألة وكلامه عليها ونصها مسألة: قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل أصدق امرأة عن ابنه منزلاً، فلما دخل ابنه بالمرأة أخذت المنزل إلا حقولاً يسيرة تركتها في يد حموها فلم تزل في يده حتى مات بعد طول زمان، ثم أرادت المرأة أخذها فمنعها ورثة الحمو وقالوا قد عاينتيها زماناً من دهرك وهي في يده ولا تشهدي عليه بعارية ولا كراء، ولا ندري لعلك أرضاك من حقك، أترى للمرأة في ذلك حقاً؟ قال: نعم لها أن تأخذ تلك الحقول التي هي مما كان أصدقها الحمو عن ابنه، ولا يضرها طول ما تركت ذلك في الحمو لأنها ليست بالصدقة فتلزم حيازتها، وإنما الصداق ثمن من الأثمان، وكذلك لو تركت كل ما أصدقها في يد الحمو لم يضرها ذلك. قال ابن رشد: هذه المسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا اختلاف لأن حقها تركته في يد حموها فلا يضرها ذلك طال الزمان أو قصر لقول رسول الله ﷺ: «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم» وليس هذا من وجه الحيازة التي ينتفع بها الحائز ويفرق بين القرابة والأجنبيين والأصهار فيها إذا قد عرف وجه كون الأحقال بيد الحمو فهي على ذلك محمولة حتى يعرف مصيرها إليه بوجه

باب الدماء

إِنْ أَتْلَفَ مُكَلَّفٌ، وَإِنْ رُقَّ،

صحيح، لأن الحائز لا ينتفع بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل في الحكم بالحيازة وبالله التوفيق.

باب

ص: (إن أتلف مكلف الخ) ش: هذا باب يذكر فيه المصنف أحكام الدماء وأحكام القصاص، قال البساطي: وهو باب متسع متروك ينبغي الالتفات إليه، ولا شك أن حفظ النفوس مجمع عليه بل هو من الخمس المجمع عليها في كل ملة. قال ابن عرفة: ونقل الأصوليون إجماع الملل على حفظ الأديان والنفوس والعقول والأعراض والأموال. وذكر بعضهم الأنساب عوض الأموال، ونقله في التوضيح ولا شك أن قتل المسلم عمداً عدواناً كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منها، وفي قبول توبته وإنفاذ الوعيد فيه خلاف بين الصحابة ومن بعدهم. وأخذ لمالك القولان، فأخذ من قوله لا تجوز إمامته عدم القبول، وأخذ من قوله ليكثر من العمل الصالح والصدقة والجهاد والحج القبول. واختلف في تخليده، والصحيح عدم تخليده. ورد ابن عرفة الأخذ الأول بأن التوبة أمر باطني، وموجب نصب الإمامة أمر ظاهري، فلا يلزم

باب

ابن شاس: الدماء خطيرة القدر في الدين، والقتل كبيرة فاحشة موجبة العقوبة في الدنيا والآخرة، وموجباتها في الدنيا خمسة: القصاص والدية والكفارة والتعزير والقيمة. رُوي أن رسول الله ﷺ قال: «من شارك في دم امرىء مسلم بشطر كلمة جاء يوم القيامة وبين عينيه مكتوب آيس من رحمة الله»[1] المتيطي: قال بعض الشيوخ: من قال إن القاتل يخلد في النار على التأبيد فقد أخطأ وخالف السنة لأن الذنب لا يحبط ما تقدم من إيمانه ولا ما اكتسب من عمل صالح، ولا بد أن يجازي الله سبحانه كل مؤمن على إيمانه، قال الله سبحانه ﴿ولن يتركم أعمالكم﴾ [محمد: ٣٥] ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره﴾ [الزلزلة: ٧] ﴿ومن يعمل من الصالحات وهو مؤمن فلا كفران لسعيه﴾ [الأنبياء: ٩٤] لكن من تمام توبة القاتل عرض نفسه على أولياء المقتول ويصوم أو يعتق ويلازم الجهاد. وانظر في تفسير ابن عطية قوله تعالى ﴿إليه يصعد الكلم الطيب﴾ [فاطر: ١٠] (إن أتلف مكلف وإن رق) أما أن المكلف يجب عليه القود إذا قتل معصوماً فقال ابن عرفة: شرط إيجاب القود كون الجاني بالغاً عاقلاً فيها، والمجنون الذي يفيق أحياناً في حال إفاقته كالسليم. وأما الرقيق فقال المتيطي: العبيد مكلفون وجنايتهم متعلقة برقابهم دون ساداتهم لا يلزم ساداتهم أكثر من إسلامهم

---

(١) رواه ابن ماجة في كتاب الديات باب ١.

غَيْرُ حَرْبِيٍّ، وَلاَ زَائِدِ حُرِّيَّةٍ أَوْ إِسْلاَمٍ حِينَ الْقَتْلِ، إِلاَّ لِغِيلَةٍ.

من منع الإمامة عدم قبول التوبة. ونص كلامه: قال ابن رشد: قتل المسلم عمداً عدواناً كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منه، وفي قبول التوبة منه وإنفاذ وعيده مذهبا الصحابة وإلى إنفاذ وعيده ذهب مالك لقوله لا تجوز إمامته.

قلت: لا يلزم منه عدم قبول توبته لعدم رفع سابق حرمته، وقبول التوبة أمر باطني وموجب نصب الإمامة أمر ظاهر. وقال في سماع عيسى: قول مالك «ليكثر العمل الصالح والصدقة والحج والجهاد ويلزم الثغور من تعذر منه القود» دليل على الرجاء عنده في قبول توبته خلاف قوله «لا تجوز إمامته» قال: والقول بتخليده خلاف السنة، ومن توبته عرض نفسه على ولي المقتول قوداً ودية اهـ. وقال في الذخيرة عن ابن رشد أيضاً في التعليل لعدم قبول توبته: لأن من شروط التوبة رد التبعات ورد الحياة على المقتول متعذر إلا أن يحلله المقتول قبل موته بطيب نفسه. وقال فيها أيضاً: وقال ابن شهاب: إذا سئل عن توبته سأل هل قتل أم لا ويطاوله في ذلك، فإن تبين له أنه لم يقتل قال لا توبة وإلا قال له التوبة وهو حسن في الفتوى انتهى. وانظر الكلام على حديث أسامة والمقداد في أوائل كتاب الإيمان من شرح مسلم للأبي وعياض والقرطبي.

بما جنوا، كانت الجناية مما يجب فيها القصاص أو مما لا يجب فيها القصاص. وجنايتهم ثلاثة أقسام: جنايتهم على العبيد وجنايتهم على الأحرار وجنايتهم على الأموال. فأما جنايتهم على العبيد فمالك يرى القود بينهم في النفس، وأما جنايتهم على الأحرار ففي المدونة قال مالك: يقتل العبد بالحر إن شاء الولي، فإن استحياهم خير السيد في إسلامه وفدائه بالدية، راجع أول مسألة من كتاب الجنايات من المتيطي (**غير حربي**) ابن شاس: الركن الثالث يعني من موجبات القصاص القاتل. وشرطه أن يكون ملتزماً للأحكام، فلا قصاص على الحربي ولا على الصغير ولا على المجنون ويجب على الذمي والسكران (**ولا زائد حرية**) ابن عرفة: لا يقتل حر بذي رق بوجه، ويقتل ذو الرق بالحر المسلم. وفي جنايتها القصاص بين المماليك كما هو في الأحرار. ولو قتل مكاتب عبده فلسيده أن يقتص منه في النفس والجراح والمدبر والمكاتب وأم الولد والمعتق إلى أجل في القصاص مع من ليس فيه حرية سواء، واستحسن في المعتق بعضه أن لا يقتص منه (**أو إسلام**) ابن عرفة: المذهب لا يقتل مسلم بكافر وفيها: إلا أن يقتله غيلة. ابن عرفة: هذا استثناء منقطع لأنه بالحرابة قتل لأن الغيلة حرابة. انظر الكافر الحر مع العبد المسلم. قال ابن القاسم في نصراني حر قتل عبداً مسلماً اختلاف وأرى قتله به. وقال مالك: ليس بينهما قود في نفس ولا جرح لأن في هذا حرية وفي هذا إسلاماً (**حين القتل**) سيأتي عند قوله «وضمن وقت الإصابة» إن نفى التكافؤ إثر القتل لغو (**إلا لغيلة**) تقدم نص المدونة إلا أن يقتله غيلة (**معصوماً**) ابن عرفة محض عمد قتل المسلم عدوان يوجب ملك القود منه لمكافئه أو راجح عليه إن كان بالغاً عاقلاً، وشرط كونه عدواناً عصمة دم القتيل أو استحقاقه معيناً. فيها: إن قامت بينة

مَعْصُوماً لِلتَّلَفِ وَالإِصَابَةِ بِإِيمَانٍ أَوْ أَمَانٍ. كَالقَاتِلِ مِنْ غَيْرِ المُسْتَحِقِّ،

فرع: قال في الذخيرة: فإن قتل القاتل قصاصاً قيل ذلك كفارة له لقوله عليه الصلاة والسلام «الحدود كفارات لأهلها». وقيل: ليس بكفارات لأن المقتول لا منفعة له في القصاص بل منفعته للأحياء زجراً أو تشفياً، والمراد بالحديث حقوق الله تعالى المحضة.

فائدتان: الأولى: قوله تعالى ﴿من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس﴾ [المائدة: ٣٢] الآية. فيها سؤال وهو وجه تشبيه قتل النفس الواحدة بقتل جميع الناس وإحيائها بإحياء جميع الناس. والتشبيه في لسان العرب إنما يكون بين المتقاربين جداً، وقتل جميع الناس بعيد من قتل النفس الواحدة بعداً شديداً وكذلك إحياؤها. قال القرافي في الجواب: قال بعض العلماء: إن المراد بالنفس إمام مقسط أو حاكم عدل أو ولي ترتجى بركته العامة، فلعموم منفعته كأنه قتل من كان ينتفع به وهم المراد بالناس وإلا فالتشبيه مشكل. وقال مجاهد: لما كان قتل جميع الناس لا يزيد في العقوبة على عقوبة قاتل النفس الواحدة شبهه به. قال: وهو مشكل لأن قاعدة الشرع تفاوت العقوبات بتفاوت الجنايات، ولذا توعد الله قاتل الواحد بعذاب عظيم وعيده اعتقدنا مضاعفته في حق الاثنين فكيف بجميع الناس. انتهى بالمعنى.

الثانية: قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة: ١٧٩] قيل: الخطاب للورثة لأنهم إذا اقتصوا فقد سلموا وحيوا بدفع شر هذا القاتل عنهم الذي صار عدوهم. وقال بعضهم: الخطاب للقاتلين لأنه إذا اقتص منهم فقد محى إثمه فحيي حياة معنوية، وعلى القولين

على محارب فقتله رجل قبل أن تزكى البينة، فإن زكيت أدبه الإمام، وإن لم تزك قتل به **(للتلف والإصابة)** سيأتي هذا أيضاً عند قوله «وضمن وقت الإصابة». وسيأتي أن من رمى نصرانياً فأسلم بعد الرمي وقبل الموت أنه ليس كمن قتل مسلماً فيقاد به، ولا كمن قتل نصرانياً فيغرم دية نصراني. ومن رمى مسلماً فارتد بعد الرمي وقبل الموت أنه لا قود عليه خلافاً لأشهب **(بإيمان أو أمان)** ابن شاس: الركن الثاني يعني من موجبات القصاص القتيل. ابن الحاجب: وشرطه أن يكون معصوم الدم بإسلام أو حرية أو أمان. ابن شاس: والحربي مهدور دمه وكذلك لا قصاص على من قتل زنديقاً أو زانياً محصناً أو قطع سارقاً قد توجه عليه القطع، لأن هذه حدود لا بد أن تقام ولا تخيير فيها ولا عفو **(كالقاتل من غير المستحق)** ابن الحاجب: أما من عليه القصاص فمعصوم من غير المستحق، فإن قتله أجنبي عمداً فدمه لأولياء الأول على المشهور فإن أرضوهم أولياء الثاني فدمه لهم. ونص المدوّنة قال مالك: من قتل رجلاً عمداً فعدا عليه أجنبي فقتله عمداً فدمه لأولياء الأول. ويقال لأولياء المقتول الثاني أرضوا أولياء الأول وشأنكم بقاتل وليكم في القتل أو العفو، فإن لم يرضوهم فلأولياء الأول قتله أو العفو عنه ولهم إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها. قال مالك: وإن قتل خطأ فديته للأولياء الأول. قال: ومن قطع يد رجل عمداً ثم قطعت يد القاطع خطأ فديتها للمقطوع الأول، وإن

فلا إضمار. وقيل الخطاب للناس والتقدير: ولكم في مشروعية القصاص حياة لأن الشخص إذا علم أنه يقتص منه يكف عن القتل، ويحتمل أن لا يكون في الآية تقدير أيضاً، ويكون القصاص نفسه فيه الحياة، أما لغير الجاني فلا نكفافه، وأما للجاني فلسلامته من الإثم. قاله في التوضيح وابن عبد السلام. والقصاص تارة يتعلق بالنفس وتارة يتعلق بالأطراف، وبدأ المصنف بالكلام على القصاص في النفس وله ثلاثة أركان: القاتل والمقتول والقتل، فبدأ المصنف بالكلام على القاتل فقال: إن أتلف مكلف الخ. وإنما قال «أتلف» ولم يقل «قتل» لأن الإتلاف يشمل المباشرة والتسبب، والقتل إنما يتبادر للمباشرة، وذكر أنه يشترط في وجوب القصاص على القاتل ثلاثة شروط. الأول أن يكون مكلفاً وهو العاقل البالغ فلا قصاص على صبي ولا مجنون وعمدهما كالخطأ لقوله ﷺ «رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق»[1] رواه أبو داود وغيره بروايات متعددة ذكرتها في حاشية الأحاديث المشتهرة.

تنبيه: المرفوع في الحديث إنما هو الإثم وهو من باب خطاب التكليف، وأما الضمان فهو من باب خطاب الوضع. وخطاب التكليف هي الأحكام الخمسة الوجوب وشرط فيه علم المكلف وقدرته، وخطاب الوضع هو الخطاب بكثير الأسباب والشروط والموانع ولا يشترط فيها علم المكلف ولا قدرته ولا كونه من كسبه، فيضمن النائم ما أتلفه في حال نومه من الأموال في ماله، وكذلك ما أتلفه من الدماء غير أنه إن كان دون ثلث الدية فعليه الدية، وإن بلغ ثلث الدية فأكثر فهو على عاقلته، وليس هذا بمعارض للحديث المذكور لما قدمناه من كونه من باب خطاب الوضع الذي معناه أن الله تبارك وتعالى قال: إذا وقع هذا في الوجود فاعلموا أني حكمت بكذا والله أعلم.

فرع: فإن قتل المجنون في حال إفاقته اقتص منه. قاله في المدّونة وغيرها. قال في التوضيح: ويقتص منه في حال إفاقته ابن المواز: فإن أيس من إفاقته كانت الدية عليه في ماله، وقال المغيرة: يسلم إلى أولياء المقتول يقتلونه إن شاؤا. قال: ولو ارتد ثم جن لم أقتله حتى يصح لأني أدرأ الحدود بالشبهات ولا أقول هذا في حقوق الناس. ورد اللخمي أن يكون الخيار لأولياء المقتول فإن شاؤا قتلوا هذا المجنون وإن شاؤا أخذوا الدية إن كان له مال وإلا اتبعوه بها انتهى. وقال في الشامل: فإن أيس من إفاقته، فهل يسلم للقتل أو تؤخذ الدية من ماله؟ قولان: وقال اللخمي: يخير الولي في أيهما شاء انتهى. فساووا بين القولين مع أن الثاني لابن المواز.

(١) رواه البخاري في كتاب الطلاق باب ١١. كتاب الحدود باب ٢٢. أبو داود في كتاب الحدود باب ١٧. الترمذي في كتاب الحدود باب ١. النسائي في كتاب الطلاق باب ١٥. الدارمي في كتاب الحدود باب ١. أحمد في مسنده (١١٦/١، ١١٨، ١٤٠، ١٥٥) (١٠٠/٦).

....

فرع: فلو أشكل على البينة أقتل في حال عقله أو جنونه قال ابن ناجي في شرح الرسالة: فقال بعض من لقيناه من القرويين: لا يلزمه شيء وهو الصواب. وقاله شيخنا أبو مهدي معللاً بأنه شك في المقضى عليه لأن القاضي لا يحكم عليه إلا بعد أن تشهد عنده البينة أنه قتل في حال كونه في عقله انتهى. ودخل في كلامه السكران وهو كذلك والرقيق ولهذا بالغ به فقال «وإن رق». ثم أشار إلى الشرط الثاني بقوله «غير حربي» يعني أن الحربي لا يقتص منه إذا قتل في حال حرابته. ثم أشار إلى الشرط الثالث بقوله «ولا زائد حرية أو إسلام» يعني فلا يقتل الحر بالعبد إلا أن يكون الحر كافراً والعبد مسلماً، فيقتل الحر الكافر بالعبد المسلم على المشهور خلافاً لسحنون وهو أحد قولي ابن القاسم. وقوله «أو إسلام» أي فلا يقتل المسلم بالكافر ولو كان المسلم عبداً والكافر حراً. قال في البيان: اتفاقاً. وقوله «حين القتل» يعني أن المعتبر في التكافؤ حين القتل، فلو أسلم الكافر بعد أن قتل كافراً قتل به، وكذلك لو عتق العبد بعد قتله عبداً فإنه يقتل به.

فرع: قال في المجموعة في نصراني قتل نصرانياً عمداً ولا ولي له إلا المسلمون ثم أسلم قال: العفو عنه أحب إليَّ إذا صار الأمر للإمام لأن حرمته الآن أعظم من المقتول، ولو كان للمقتول ولد كان القود لهم. وقوله «إلا لغيلة» قال في التوضيح في باب الحرابة: الغيلة أن يخدع غيره ليدخله موضعاً ويأخذ ماله انتهى. وقال ابن عرفة: الباجي عن ابن القاسم: قتل الغيلة حرابة وهو قتل الرجل خفية لأخذ ماله انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: قال أهل اللغة: قتل الغيلة هو أن يخدعه فيذهب به إلى موضع خفية فإذا صار فيه قتله، فهذا يقتل به ولا عفو فيه. قال: ونقل عن أصحابنا وأظنه البوني أنه اشترط في ذلك أن يكون القتل على مال. قال: وأما النائرة بينهما وهي العداوة فيجوز العفو عنه. قال ابن ناجي: ما ظنه عن البوني مثله نقل الباجي عن العتبية والموازية وذكر لفظه المتقدم. قال ابن ناجي: قال الباجي: ومن أصحابنا من يقول: هو القتل على وجه القصد الذي لا يجوز عليه الخطأ. وقبله ابن زرقون انتهى. وقال عياض: يعني اغتاله لأخذ ماله ولو كان لنائرة ففيه القصاص والعفو فيه جائز. قاله ابن أبي زمنين وهو صحيح جارٍ على الأصول لأن هذا غير محارب، وإنما يكون له حكم المحارب إذا أخذ المال أو فعل ذلك لأجل المال اهـ. ونقله أبو الحسن الصغير. وكذلك قال ابن رشد في رسم مرض وله أم ولد من سماع ابن القاسم من كتاب المحاربين أن قتل الغيلة هو القتل على مال انتهى.

فرع: والغيلة في الأطراف كالغيلة في النفس. قال في أثناء كتاب الديات من المدونة: ومن قطع يد رجل أو فقأ عينه على وجه الغيلة فلا قصاص له والحكم للإمام إلا أن يتوب قبل أن يقدر عليه فيكون فيه القصاص انتهى.

وَأُدِّبَ كَمُرْتَدٍّ، وَزَانٍ أُحْصَنَ، وَيَدَ سَارِقٍ

فرع: والمرأة كالرجل في الغيلة. قال أبو الحسن هنا فرع: اختلف إذا قام بقتل الغيلة شاهد واحد هل فيه قسامة أم لا؟ انظر أبا الحسن.

فرع: قال في المدونة: ومن قتل وليه غيلة فصالح فيه على الدية فذلك مردود والحكم فيه للإمام. قال أبو الحسن: إلا أن يحكم به حاكم. ثم أشار إلى الركن الثاني بقوله «معصوماً» يعني أنه يشترط في وجوب القصاص أن يكون المقتول معصوماً، وظاهره وسواء أنفذت مقاتله أم لا. وانظر المسألة في سماع يحيى وعيسى وابن أبي زيد من الديات فإن ابن رشد ذكر فيمن أجهز على من أنفذ مقاتله شخص آخر هل يقتل به الأول أو الثاني قولين. وقال في الشامل: ولو أنفذ واحد مقاتله وأجهز عليه ثانٍ قتل وعوقب الأول، وقيل بالعكس. ص: **(وأدب كمرتدٍ وزان أحصن)** ش: وكذا المحارب والزنديق. قال ابن عرفة: قال محمد: لا شيء على من قتل زنديقاً: اللخمي: وكذا الزاني المحصن والمحارب، ولا دية لهم إن قتلوا خطأ. وفي الموازية: من قطع يد سارق خطأ فلا دية له. وقال في موضع آخر: له ديتها. فعليه تجب الدية في هذين إن قتلا خطأ وإن قطع لهما عضو فلهما القصاص في العمد والدية في الخطأ، لأن الحد إنما وجب في النفس لا في العضو. قال عيسى: من اغتاظ من ذمي يشتم النبي ﷺ فقتله، فإن كان شتماً يوجب قتله وثبت ذلك ببينة فلا شيء عليه، وإن لم يثبت ذلك فعليه ديته وضرب مائة وسجن عاماً انتهى. وقال في التوضيح: ونص على نفي القصاص عن قاتل المرتد ولو كان القاتل نصرانياً اهـ. ولا معارضة بين هذا وبين قوله في الديات إن دية المرتد كدية المجوسي، لأنه إنما نفى هنا القصاص والكلام هناك في الديات ونفى أحدهما لا يستلزم نفي الآخر. وأما الزاني المحصن فليس فيه دية، والفرق بينهما أن المرتد تجب استتابته على المذهب فكان قاتله قتل كافراً محرم القتل بخلاف الزاني المحصن فتأمله.

تنبيه: قال ابن عبد السلام: ينبغي أن يختلف في مقدار أدبهم، فمن طلب الستر عليه كالزاني المحصّن تكون الجرأة على القاضي بقتله أكثر، وكفر الزندقة أشد من كفر الارتداد الظاهر انتهى. يعني فيكون الأدب في كفر الارتداد أشد والله أعلم. تنبيه: قال أبو الحسن في كتاب الديات: قالوا: وهذا إذا كان هناك من ينصفه ويمكنه من حقه. قال أبو عمران: الذي يقتل وليه رجل فلا يمكن من أخذ حقه عند السلطان فيقتل الولي قاتل وليه غيلة أو باحتيال أنه

كان عمداً فللأول أن يقتص من قاطع قاطعه. **(وأدب)** تقدم أن من قتل غير معصوم الدم أدب. انظر قبل قوله «للتلف» وانظر أيضاً من وجب له دم قبل رجل فاقتص لنفسه وقتله ولم يدفعه إلى الإمام فلا شيء عليه لكنه أيضاً يؤدب. قال في المدونة: لافتياته على الأئمة **(كمرتد)** سحنون: لا قصاص ولا دية على قاتل المرتد **(وزان أحصن ويد سارق)** تقدم النص بهذا قبل قوله «كالقاتل». **(فالقود)** هذا

فَالْقَوْدُ عَيْناً،

لا أدب عليه ولا شيء، لأنه إذا لم يكن السلطان ينصفه فهو يأخذ حقه بنفسه انتهى.

فائدة: من هذا المعنى ما قاله البرزلي في كتاب الأقضية في أثناء مسألة وهي تجري عندي على قاعدة من فعل فعلاً لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره هل يكون بمنزلة ما لو رفع أم لا؟ انتهى. ص: **(فالقود عيناً)** ش: يعني إذا وقعت الجناية بالشروط المذكورة على النفس أو المال فالواجب في ذلك عند ابن القاسم إنما هو القود أي القصاص، وليس لورثة المقتول أن يعفوا على الدية. وكذلك ليس للمجني عليه في الجراح أن يعفو على الدية وهو مذهب ابن القاسم خلافاً لأشهب فإنه قال: الواجب التخيير بين القصاص وبين الدية، وهو اختيار جماعة من المتأخرين لما في الصحيحين عنه ﷺ أنه قال «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يؤدي الدية وإما أن يقاد». وعلى قول أشهب بتخيير الأولياء بين القصاص وبين الدية فإن طلب الأولياء منه الدية فإنه يجبر على ذلك إن كان ملياً. قال ابن يونس: قال مالك: وقاتل العمد يطلب منه الأولياء الدية فيأبى إلا أن يقتلوه فليس لهم إلا القتل. قال الله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [البقرة: ١٧٨] وقال أشهب: ليس له أن يأبى ويجبر على ذلك إن كان ملياً لأنه في قتل نفسه ليترك ماله لغيره مضار. ورُوي عن النبي ﷺ أنه جعل للأولياء إن أحبوا أن يقتلوا فليقتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية، وقاله ابن المسيب انتهى. قال في التوضيح: قال جماعة: والخلاف إنما هو في النفس، وأما جراح العمد فيوافق أشهب المشهور. ونقل عن ابن عبد الحكم التخيير في جراح العمد كالنفس، وفرق الباجي بين الجرح والنفس على رواية أشهب بأن الجارح يريد استيفاء المال لنفسه، والقاتل إنما يترك المال لغيره فهو مضار بامتناعه من الدية انتهى. وقد يكون بعض الناس وارثه أعز عنده من نفسه والله أعلم انتهى.

تنبيه: يستثنى من هذا إذا جرح العبد عبداً مثله أو قتله فإن لسيد المجروح أو المقتول أن يقتص له، وله أن يختار أخذ العبد الجاني. فإن اختار القصاص فلا إشكال، وإن استحيا العبد الجاني خير سيده في فدائه بدية الحر أو بقيمة العبد، وفي إسلامه وفي الجراح يخير بين أن يسلمه أو يفديه بأرش ذلك الجرح إن كان له أرش مسمى، وإن لم يكن له أرش مسمى، فإن حصل عنه عيب خير بين إسلامه وفدائه بما يوجبه ذلك العيب، وإن لم يحصل عيب فليس فيه إلا القصاص إن كان المجني عليه عبداً، وإن كان حراً فلا شيء فيه إلا الأدب كما سيأتي عند قول المصنف «إلا ناقصاً جرح كاملاً».

جواب إن أتلف (عيناً) من المدونة قال مالك في قاتل العمد يطلب منه الأولياء فيأبى الدية إلا أن يقتلوه: فليس لهم إلا القتل، فإن عفا بعض الأولياء فنصيب من لم يعف من الدية في مال الجاني. قال ابن القاسم: إذ لا سبيل لتبعيض الدم. قال مالك: وكذلك جراح العمد إن طلب المجروح الدية فليس

تنبيه: فإذا جرح عبد عبداً وبرىء قبل أن يعلم سيده فإنه يدعى الجارح فيقال صف الجرح واحلف على ما ذكرت، فإن امتنع فانظر هل يقال للسيد صف الجرح واحلف عليه سواء أراد القصاص أو أراد أخذ الأرش أو يفصل في ذلك، فإن أراد القصاص قيل للعبد صف الجرح واقتص، وإن أراد الأرش قيل للسيد صف الجرح واحلف عليه لم أر فيه نصاً، والظاهر أنه يجري الخلاف فيما إذا قام للعبد شاهد واحد بالجرح، فهل يحلف السيد معه مطلقاً سواء أراد القصاص أو الأرش؟ قال في المقدمات في كتاب جنايات العبد: وهذا قول مالك، أو يفصل في ذلك وهو قول أصبغ والمغيرة انتهى. وسئلت عن ذلك في عبدين ضرب أحدهما صاحبه بعضاً على حاجب عينه فشجه وأسال دمه بجرح العصا، فضربه الآخر بجنبية تحت ثديه، فهل لكل واحد منهما القصاص من جارحه أم لا يجب في ذلك إلا الأرش، أم يجب الأرش في جرح العصا والقصاص في جرح الآخر؟ وإذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يجد كل واحد من سيد العبدين بينة تشهد بمقدار عرض جرح عبده، فما يكون الحكم في ذلك؟ وهل يجب بالدعوى في الجراحة أن يعين عرضها وقدرها أم لا؟ فأجبت: لسيد كل واحد من العبدين أن يقتص من جارح عبده، وله أن يأخذ العبد الجارح لعبده إلا أن يفديه سيده بأرش ذلك الجرح إن كان له أرش مسمى، فإن لم يكن له أرش مسمى، فإن برىء الجرح على شين فما نقصه ذلك الشين، وإن لم يكن فيه شين فليس فيه إلا القصاص، وسواء كان الجرح بعصاً أو بغيرها. وقول أصحابنا «لا قصاص في ضربة العصا» إنما يريدون إذا لم يكن عنها جرح. وإذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يوجد من يشهد عليها فإنه يقال للجارح صف قدر الجرح الذي جرحته وغوره واحلف عليه ولا يلزمك غيره، فإن أبى لم أر فيه نصاً، والظاهر أنه ينظر، فإن أراد سيد العبد المجروح الأرش قيل له صف الجرح واحلف عليه ولا يلزمك غيره، وإن أراد القصاص فيختلف فيه هل يحلف هو أو يحلف العبد على الخلاف فيما إذا قام للعبد شاهد واحد بالجرح، فإن امتنعا من الحلف لم يجب من الجراح إلا ما لا يشك فيه والله أعلم.

فرع: فإن شهدت البينة على الجرح ولم تعرف قدره أو اسمه أو كتبته في ورقة وضاعت فقال في النوادر في ترجمة من يستقيد للمجروح وكيف يقاد من الجراح ومن المجموعة: قال أشهب: وإذا جرحه موضحة وعليه بينة لا يدري كم طولها فقد ثبت له موضحة وليس في العمد إلا القود فليوقف الشهود على أقل موضحة، فإن وقفوا عنده ولم يجاوزوه وحلف المشهود عليه على ما فوق ذلك وقيد منه بذلك، وإن لم يحلف حلف الآخر واستقاد ما ادعى. قال سحنون فيمن جرح رجلاً عمداً ولم يؤخذ قياس الجرح حتى برىء، فليدع الجارح فيوصف قد ضربته وأين بلغت ويحلف على ذلك ويقتص منه على ما أقر به، وإن لم يصف وأبى قيل للمجروح صف ذلك واحلف فيحلف ويقتص له منه، وإن أبى نظر إلا ما لا يشك فاقتص بقدر ذلك. وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم في المجروح عمداً يكتب قياس جرحه حتى

وَلَوْ قَالَ إِنْ قَتَلْتَنِي أَبْرَأْتُكَ، وَلاَ دِيَةَ لِعَافٍ مُطْلِقٍ إِلاَّ أَنْ تَظْهَرَ إِرَادَتُهَا. فَيَحْلِفُ، وَيَبْقَى عَلَى حَقِّهِ إِنْ

يبرأ فيذهب الكتاب ولا تثبت البينة طوله وغوره وقد أصابه من ذلك عيب أو شلل فليستنزل البينة من معرفة الجرح إلى ما لا يشكون فيه، فإن ثبتوا على أمر اقتص منه على قدر ذلك، فإن عابه أو أشله كالأول وإلا عقل له العيب والشلل. قيل: أتقبل شهادة الذي عقل جرحه وعرف طول غوره وإن لم يعرف غوره؟ قال: نعم مع يمينه انتهى. وانظر كتاب الشهادات ففيه بعض شيء يتعلق بهذا. ص: **(ولو قال إن قتلتني أبرأتك) ش:** قال ابن الحاجب: ولو قال للقاتل إن قتلتني أبرأتك أو قد وهبت لك دمي فقولان. قال ابن القاسم: وأحسنهما أن يقتل بخلاف عفوه بعد علمه أنه قتله، فلو أذن في قطع يده عوقب ولا قصاص. قال في التوضيح: هذا الذي نسبه المؤلف لابن القاسم. وذكر في الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم هو في العتبية لسحنون وذكر لفظ العتبية ثم قال: وزاد في البيان ثالثاً فنفى القصاص لشبهة عفو القصاص من المقتول وتكون الدية عليه في ماله. قال: وهو أظهر الأقوال انتهى. وقال ابن عرفة بعد ذكره لفظ العتبية: وفي النوادر عن ابن أبي زيد عن ابن القاسم مثل لفظ سحنون، ثم ذكر عن الصقلي أنه نقل عن سحنون نفي القصاص خلاف اختياره في العتبية ونصه: قال الصقلي في كتاب الجعل والإجارة وروى ابن سحنون عنه: من قال لرجل اقتلني ولك ألف درهم فقتله فلا قود عليه ويضرب مائة ويحبس عاماً ولا جعل له. وقال يحيى بن عمر: للأولياء قتله. قال: ولو قال اقتل عبدي ولك كذا أو بغير شيء فقتله ضرب مائة وحبس، وكذا السيد يضرب ويحبس. واختلف هل تكون على القاتل قيمة العبد أم لا؟ فالصواب لا قيمة له كما لو قال له احرق ثوبي ففعل فلا غرم. الشيخ: روى ابن عبدوس: من قال لرجل اقطع يدي أو يد عبدي عوقب المأمور ولا غرم عليه في الحر والعبد. ابن حبيب عن أصبغ: يغرم قيمة العبد لحرمة القتل كما تلزمه دية الحر إذا قتله بإذن وليه انتهى. وفي سماع سحنون من كتاب الجنايات قيل لسحنون: أصبغ يقول يغرم قاتل العمد بأمر سيده قيمته فقال: ليس هذا بشيء لا قيمة على القاتل لأن صاحبه عرضه للتلف والعبد مال من الأموال، وليس على من أتلفها بإذن ربها شيء، ويضرب القاتل مائة ويسجن ويؤدب الآمر أدباً موجعاً. ابن رشد: لأصبغ في الواضحة مثل قوله هنا إلا أنه قال: إنما أغرمته لحرمته على قوله وقال: يضرب السيد والقاتل مائة سوط ويسجنان عاماً. وقول أصبغ في الواضحة إنما أغرمه القيمة لحرمته ليس بجيد لأن إغرامه القيمة لحرمته ليس على قوله إنما هو من باب العقوبة بالأموال، وإذا عوقب القاتل بغرم ما لا يجب عليه غرمه

له إلا القصاص **(ولو قال إن قتلتني أبرأتك)** ابن يونس: قال سحنون: من قال لرجل اقتلني ولك ألف درهم فقتله لا قود عليه ويضرب مائة ويحبس عاماً ولا جعل له. وقال يحيى بن عمر: للأولياء قتله. ابن عرفة: ما ذكره عن سحنون خلاف ما له في العتبية أن من قتل من طلبه أن يقتله على إن عفا عنه فإنه يقتل به لأنه عفا عن شيء لم يجب له. ابن رشد: وقيل إنما يغرم الدية في ماله وهو الأظهر. وفي

امْتَنَعَ. كَعَفْوِهِ عَنِ الْعَبْدِ، وَاسْتَحَقَّ وَلِيّ دَمَ مَنْ قَتَلَ الْقَاتِلَ، أَوْ قَطَعَ يَدَ الْقَاطِعِ. كَدِيَةِ خَطَإٍ، فَإِنْ أَرْضَاهُ وَلِيُّ الثَّانِي؛ فَلَهُ، وَإِنْ فُقِئَتْ عَيْنُ الْقَاتِلِ، أَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ، وَلَوْ مِنَ الْوَلِيِّ بَعْدَ أَنْ أُسْلِمَ لَهُ: فَلَهُ الْقَوَدُ، وَقُتِلَ الأَدْنَى بِالأَعْلَى: كَحُرٍّ كِتَابِيٍّ بِعَبْدٍ مُسْلِمٍ،

فالسيد أحق أن لا يعطى القيمة لحرمته بالأمر بقتل عبده. ولو قال أصبغ إنما أغرمه القيمة لإسقاط سيد العبد إياها عنه قبل وجوبها له عليه إذ لا تجب عليه إلا بعد قتل العبد لكان له وجه، لأن لزوم إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه. انتهى. ص: **(وقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابي بعبد مسلم)** ش:لما تقرر أن الإسلام أعلا حرمة وأعظم من الحرية كان من انفرد به من القاتل والمقتول هو الأعلا. ولما قدم المؤلف رحمه الله أن كون القاتل زائداً على المقتول بالحرية أو الإسلام مانعاً، نبه على أن كون القاتل أدنى من المقتول لا يمنع القصاص. والمعنى أن الأدنى إذا قتل الأعلا فإنه يقتل به. ثم مثل ذلك بفرع يتردد فيه النظر وهو إذا قتل الحر الكتابي عبداً مسلماً فاختلف هل يقتل الحر الكتابي بالعبد المسلم وهو قول ابن القاسم، أو لا يقتل به وعليه قيمته لأنه كسلعة وهو قول سحنون؟ قال ابن رشد في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات في شرح قوله في نصراني حر قتل عبداً مسلماً عمداً: قال: أرى أن يقتل به. وقال سحنون: عليه قيمته وهو كسلعة من السلع. ابن رشد: قوله «وأرى أن يقتل به». معناه إن

النوادر عن ابن القاسم أنه يقتل به **(ولا دية لعاف مطلقاً إلا أن يظهر إرادتها فيحلف)** من المدونة: إن عفوت عن عبد قتل وليك الحر عمداً ولم تشترط شيئاً، فكما لو عفوت عن الحر ولم تشترط شيئاً ثم تطلب الدية. قال مالك: لا شيء لك إلا أن تبين أنك أردته فتحلف ما عفوت إلا لأخذها ثم ذلك لك، وكذلك في العبد ثم يخير سيده **(وبقي على حقه إن امتنع)** من المدونة: إن عفا ولي القتل الحر على إلزام القاتل ديته لم تلزم إلا أن يشاء. ابن عرفة: الأظهر أنها تلزمه وإن كره لحديث مسلم **(كعفوه عن العبد)** تقدم قوله من المدونة: وكذا العبد ثم يخير سيده **(واستحق ولي دم من قتل القاتل)** هذا معنى قوله «قبل هذا كالقاتل من غير المستحق» **(أو قطع يد القاطع فدية خطأ فإن أرضاه ولي الثاني فله)** تقدم نص المدونة قبل قوله «وأدب» **(وإن فقئت عين القاتل أو قطعت يده ولو من الولي بعد أن أسلم إليه فله القود)** ابن الحاجب: إن فقئت عين القاتل أو قطعت يده عمداً أو خطأ فله القود أو العفو أو القتل، ولا سلطان لولاة المقتول، فلو كان الولي هو القاطع فكذلك أيضاً على المشهور، ولو كان سلمه له. ونص المدونة: من قتل رجلاً عمداً فحبس للقتل أو حكم بقتله فيسلم إلى أولياء القتيل ليقتلوه فقطع رجل يده عمداً أو خطأ، فله القصاص والعقل والعفو في العدم لا شيء لولاة الدم في ذلك، إنما لهم سلطان على من أذهب نفسه، ومن قتل وليك عمداً فقطعت يده فله أن يقتص منك، ولو قطعتها خطأ حملت ذلك على عاقلتك ويستفاد له ما لم يقد منه وتحمل عاقلته ما أصاب من الخطأ **(وقتل الأدنى بالأعلى)** ابن عرفة: محض العمد يوجب ملك القود لمكافئه أو راجح عليه **(كحر كتابي بعبد مسلم)** انظر النص قبل

وَالكُفَّارُ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ مِنْ كِتَابِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ وَمُؤَمَّنٍ: كَذَوِي الرِّقِّ، وَذَكَرٍ، وَصَحِيحٍ، وَضِدِّهِمَا،

أراد سيد العبد أن يستقيد من الكتابي، وأما إن أراد أن يضمنه قيمة عبده ولا يقتله به فلا اختلاف في أن له ذلك، وإنما الاختلاف إذا أراد أن يقتله به فقيل ليس له ذلك وهو الأظهر من جهة اتباع ما في القرآن، وقيل إن ذلك له وهو أظهر من جهة المعنى، ثم استظهر القول الثاني ونقله ابن عرفة وقبله وهو خلاف ما قاله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب «ويقتل الحر الذمي بالعبد المسلم والقيمة هنا كالدية» ونصه: أشار بقوله «والقيمة هنا كالدية» إلى أن سيد العبد لو أراد أن يلزم الذمي قيمة العبد لجرى على الخلاف بين ابن القاسم وأشهب في الدية. فعلى قول ابن القاسم ليس للسيد إلا قتل الذمي أو يعفو، وليس له أن يلزمه قيمة العبد. وعلى قول أشهب يكون للسيد هنا أن يلزم الحر القيمة انتهى. وأصله لابن عبد السلام. والظاهر ما قاله ابن رشد لأنه قد صرح في المدونة بأنه إذا جرح عبد عبداً أو قتله أن سيد المجروح أو المقتول مخير بين أن يستقيد أو يأخذ الأرش كما سيأتي والله أعلم. ولو قال المؤلف «الذمي» بدل «الكتابي» كما قال ابن الحاجب كان أحسن. وفهم من كلام المؤلف حيث جعل الحر الكتابي أدنى من العبد المسلم أن العبد المسلم لا يقتل إذا قتل الحر الكتابي وهو كذلك. قال في التوضيح: وحكى صاحب البيان الاتفاق على ذلك انتهى. قال ابن الحاجب: وسيد العبد مخير في افتكاكه بالدية أو إسلامه فيباع لأوليائه. قال في التوضيح: وحكى صاحب البيان أنه يباع بدية الحر الذمي ويباع لأولياء الذمي لعدم جواز ملك الكافر للمسلم، وظاهر كلامه أنه إذا بيع يدفع جميع الثمن لأولياء الذمي وإن كان أكثر من ديته وهو قول ابن القاسم في المدونة وقاله مالك. وقال مطرف وابن الماجشون: إن فضل فضل فلسيده أصبغ والأول أصوب. انتهى من التوضيح ص: **(والكفار بعضهم ببعض)** ش: ابن عرفة: روى علي: قتل اليهودي بالمجوسي ونقص الدية لغو كالرجل بالمرأة. انتهى. ص: **(كذوي الرق)** ش: قال في كتاب جنايات العبيد: والقصاص بين الملاك بينهم كهيئته في الأحرار نفس الأمة بنفس العبد وجرحها كجرحه يخير السيد المجروح إن شاء استقاد وإن شاء أخذ العقل إلا أن يسلم إليه الجاني سيده. وإن جرح عبد عبداً عمداً فقال سيد المجروح لا أقتص ولكن أخذ العبد الجارح إلا

قوله «أو أسلم». **(والكفار بعضهم ببعض من كتابي ومجوسي ومؤمن)** ابن عرفة: ذو الكفر سواء في القصاص بينهم المجوسي كالكتابي فيه **(كذوي الرق)** انظر النص عند قوله «ولا زائد حرية» **(وذكر وصحيح وضديهما)** من المدونة وغيرها: لغو فضيلة الذكورية والعدالة والشرف وسلامة الأعضاء وصحة الجسم لحديث «المسلمون تتكافأ دماؤهم»[1] وفي دياتها إن قتل الصحيح سقيماً أو أجذم أو

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الجهاد باب ١٤٧. كتاب الديات باب ١١. النسائي في كتاب القسامة باب ١٠، ١٣. ابن ماجة في كتاب الديات باب ٣١. أحمد في مسنده (١/١١٩، ١٢٢) (٢/١٨٠، ١٩٢، ٢١١، ٢١٥).

وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ عَمْداً بِبَيِّنَةٍ أَوْ قَسَامَةٍ: خُيِّرَ الْوَلِيُّ، فَإِنْ ٱسْتَحْيَاهُ: فَلِسَيِّدِهِ، إِسْلاَمُهُ، أَوْ فِدَاؤُهُ،

أن يفديه سيده بالأرش، وقال سيد الجارح إما أن تقتص أو تدع، فالقول قول سيد المجروح، وكذلك في القتل. أبو الحسن عن ابن يونس: لأن نفس القاتل قد وجبت لسيد المقتول، فإن شاء قتله أو أحياه، فإن أحياه صار عمده كالخطأ فيرجع الخيار إلى سيده بين أن يسلمه أو يفديه. والفرق بين العبد وبين الحر يقتل حراً فيعفى عنه على الدية فيأبى أن ذلك لا يلزمه على قول ابن القاسم أن العبد سلعة تملك، فلما جاز قتله وإتلافه على سيده جاز استرقاقه وخروجه عن ملكه، والحر لا يملك فلا يجوز أخذ ماله إلا بطوعه. وأيضاً فإنه يقول أؤدي قصاصي وأبقي مالي لورثتي، والعبد لا حكم له في نفسه ولا حجة لسيده لأن قتله عليه وأخذه سواء إلا أن يدفع الأرش فلا حجة لورثة المقتول لأنهم رفعوا عنه القود فصار فعله كالخطأ. ولا يستقيم ذلك في الحر لأنه تكون الدية على عاقلته وهي لا تحمل شيئاً من عنده فأمرهما مفترق انتهى.

فرع: إذا كان السيد عبداً وقتل عبده ففي القصاص قولان، نقلهما ابن سلمون ثم قال: وفي الزاهي لابن شعبان: ومن قتل عبده لم يقتل به وإن كان عبداً. انتهى. ص: **(وإن قتل عبد عمداً ببينة أو قسامة)** ش: احترز بقوله «ببينة أو قسامة» من إقرار العبد بذلك فإن الحكم حينئذ مخالف لما ذكر نص عليه في المدّونة ونصه: وإن أقر العبد أنه قتل حراً عمداً فلوليه القصاص، فإن عفا على أن يستحييه لم يكن له ذلك، وله معاودة القتل إن كان ممن يظن أن ذلك له انتهى. أبو الحسن: قال أبو عمران: وأما إن كان عالماً أنه عفا إن قتل العبد يبطل فلا قتل له انتهى. وقبله بيسير في المدونة قال ابن القاسم: وما أقر العبد به مما يلزمه في جسده من قتل أو قطع أو غيره فإنه يقبل إقراره. قال ابن زياد: إذا أقر طائعاً غير مسترهب وما آل إلى غرم على سيده فلا يقبل إقراره إلا ببينة على فعله مثل إقراره بغصب أمة أو حرة نفسها ولم تكن متعلقة به بجرح أو بقتل أو خطأ أو باختلاس مال أو استهلاكه أو سرقة لا قطع فيها، ولا يعلم ذلك إلا بقوله فلا يصدق ولا يتبع بشيء من ذلك إذا عتق انتهى. ونبه على ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح في قول ابن الحاجب في كتاب الأقضية في جواب دعوى القصاص على العبد ودعوى الأرش على السيد. ونقله ابن عرفة في أول كتاب الإقرار من مختصره، وحاصله كما قال في الرسالة: وإقرار العبد فيما يلزمه في بدنه من حد أو قطع يلزمه وما كان في رقبته فلا إقرار له، يريد إلا المأذون فإن إقراره في ماله جائز. انظر ابن عرفة أول الإقرار والشيخ أبا الحسن الصغير هنا والله أعلم.

أبرص أو مقطوع اليدين والرجلين عمداً قتل به، وإن اجتمع نفر على قتل امرأة أو صبية عمداً قتلوا بذلك **(وإن قتل عبد حراً عمداً ببينة أو قسامة خير الولي فإن استحياه فلسيده إسلامه أو فداؤه)**

فرع: قال في المدّونة قال ابن القاسم وإذا جنى العبد على سيده فلا شيء عليه. أبو الحسن: لأنه مملوك لسيده بالأصالة فلا يقال يكون له رهناً بالجناية لأنه تحصيل حاصل، وهذا يقتضي أنه إن جنى على سيده وعلى أجنبي فيخير سيده في أن يفتكه كله بدية جناية الأجنبي وبين إسلامه كله في جناية الأجنبي ولا يقاصه بجنايته. قاله ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الديات، وقاس عليه أشهب عبد المرأة ذات الزوج يضرب بطنها وهي حامل فألقت جنيناً ميتاً أن المرأة مخيرة بين أن تدفع إلى زوجها ما يصيبه من دية الجنين وتحبس العبد، وبين أن تدفع جميع العبد. قال: ولا شيء لها من العبد لأن جنايته على سيدته كجنايته على سيده وعلى أجنبي معه انتهى. ص: (خير الولي) ش: يعني يخير الولي بين أن يقتل العبد أو يستحييه، فإن اختار العبد القتل فله ذلك، وإن استحياه خير سيده في إسلامه أو فدائه، فإن اختار سيده فداءه فإنه يفديه بدية الحر. قاله في المدّونة في كتاب جنايات العبيد منها. وفي موضع آخر قال ابن عبد السلام بعد أن قرر المسألة: وهذا الكلام لا إشكال فيه على أصل أشهب في الحر يقتل الحر أن لولاة الدم أن يقتلوه أو يلزموه الدية. وأما ابن القاسم الذي يقول ليس لهم على القاتل إلا القتل وليس لهم أن يلزمون الدية، فقد يفرق له بأن المطلوب في مسألة الحر هو القاتل لنفسه وله في التمسك بماله غرض إرادة غنى ورثته بعده، والمطلوب هنا غير القاتل وهو السيد، ولا ضرر عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما ولي الدم بل له إن اختار الولي الاستحياء بما ذكرناه مما هو أخف إن شاء سلم العبد وإن شاء دفع ديته انتهى. وذكره في التوضيح. وقال ابن عرفة: وجعل ابن عبد السلام تخيير ولي قتيل العبد في قتله واستحيائه جارياً على أصل أشهب في جبر الحر على الدية غير جارٍ على أصل ابن القاسم فيه. وأجاب بأن جبر الحر على الدية يضر به لأن له وارثاً قد يرجح مصلحته على نفسه، والمطلوب في مسألة العبد غير القاتل وهو السيد ولا ضرر عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما الولي انتهى.

قلت: قوله «المطلوب في مسألة العبد» غير صحيح ضرورة إذ لا طلب عليه بحال فقد يفرق بأن الحر يجبر على أمر يتكلفه وهو الدية والعبد لا يكلف بشيء، وبأن للولي حجة في العبد وهو أنفته أن يأخذ في دم وليه دم عبد وهو لا يكافئه انتهى. أما تفرقة ابن عرفة الأولى فهو معنى كلام ابن عبد السلام بعد حذفه منه أن المطلوب في المسألة الأولى القاتل، وفي الثانية غير القاتل وهو السيد. ورد على ابن عبد السلام في كلامه هذا إنما يصح إذا فهم أن المراد بقوله المطلوب المطلوب بالدم، والظاهر أن ابن عبد السلام لم يرد هذا لوضوحه إذ من المعلوم أنه لو مات العبد سقط القود، وإنما عنى بالمطلوب المأخوذ منه المال فهو في مسألة الحر القاتل، وفي مسألة العبد السيد، لأنه مطلوب بإسلام العبد أو فدائه وهو لا ضرر عليه في واحد من الأمرين، لأن إسلامه لولي الدم ملكاً مساوٍ لقتله وهو معنى ما تقدم نقله عن ابن يونس عند

قوله «كذي الرق» فراجعه. وتفرقة ابن عرفة الثانية غير ظاهرة لأنها إنما تصح لو كان هذا الحكم أي تخيير الولي خاصاً بما إذا كان المقتول حراً، وقد علمت أن الحكم عام سواء كان المقتول حراً أو عبداً كما تقدم عن المدونة فتأمله والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام هنا في قتل العبد عمداً: واختلف هل تكون الدية حالة أو مؤجلة؟ وقد تقدم أن مسألة اصطدام العبد مع الحر تدل على الحلول انتهى. قال ابن الحاجب: ولو اصطدم حر وعبد فثمن العبد في مال الحر ودية الحر في رقبة العبد. قال في التوضيح: المراد بالثمن القيمة لكن تبع المؤلف لفظ المدّونة يعني إن ماتا، فإن كانت القيمة أكثر من دية الحر كان الزائد لسيد العبد في مال الحر، وإن كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شيء. محمد: إلا أن يكون للعبد مال فيكون بقية العقل في ماله، وأخذ ابن رشد من هنا أن مذهب المدونة في جناية العبد أنها على الحلول لأن قيمة العبد في مال الحر حالة، فلما قال يتقاصان ولم يقل يأخذها ويؤدي السيد الدية التي جناها عبده منجمة، دل على أنها حالة، وقال أصبغ بخلاف هذا وهو أن سيد العبد يخير في جنايته على الحر خطأ بين أن يسلمه أو يفديه بها منجمة انتهى. ونقله ابن عرفة والرجراجي والله أعلم.

مسألة: قال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الجنايات: وسئل ابن القاسم عن عبد جرح رجلاً ثم أبق. فقال المجروح لسيد العبد إما أن تدفع إلي قيمة جرحي، وإما أن تخلي بيني وبين العبد أطلبه، فإن وجدته فهو لي قال: لا خير فيه، هذه مخاطرة إن وجده غير صاحبه، وإن دفع إليه قيمة الجرح لم يدر لعل العبد قد مات فلا خير فيه وقد بلغني أن مالكاً قاله. ابن رشد: هذا بين على ما قال، لأن العذر فيه بين والواجب في ذلك على قوله أن يرجأ الأمر إلى أن يوجد العبد فيخير سيده، واتفاقهم على هذه المسألة يقتضي صحة قول أصبغ في مسألة التفليس اهـ. ومسألة التفليس تقدمت والله أعلم.

مسألة: قال في رسم العشور من سماع عيسى من الجنايات: وسئل: العبد يقتل الحر عمداً فيسلم إلى وليه فيستحييه، أيباع عليه؟ قال: لا إلا أن يخاف أن يمثل به إن عفا عنه. ابن رشد: هذا بين لا إشكال فيه.

مسألة: فإن قتل ولي الدم العبد فلا إشكال أن ماله لسيده إن استحياه، فإن فداه سيده فماله لسيده، وإن أسلمه فهل يتبعه ماله قال الرجراجي: فيه قولان في العتبية والله أعلم. وأما إن جنى على العبد بعد أن جنى فأرش جنايته للمجني عليه إن أسلمه السيد. انظر ما في كتاب الجنايات من البيان وأظنها في سماع يحيى وأصبغ والله أعلم.

مسألة: وإذا جنى العبد على شيء من الأموال ولزم رقبته فالمخير سيد العبد الجاني بين أن يسلمه بما استهلك أو يفتكه. قال في المقدمات في كتاب الجنايات فصل في جناية العبيد على

إِنْ قَصَدَ ضَرْباً، وَإِنْ بِقَضِيبٍ

الأموال: لا يخلو إما أن يؤتمنوا عليها أم لا. فإن ائتمنوا عليها بعارية أو كراء أو وديعة أو استعمال أو ما أشبه ذلك فإن ذلك على وجهين: أحدهما أن يستهلكه بالفساد والهلاك، والثاني أن يستهلكه بالانتفاع به، فإن استهلكه بالفساد والهلاك ففيه قولان: أحدهما أن ذلك في رقبته وهو قول ابن الماجشون، والثاني أن ذلك في ذمته وهو قول ابن القاسم. وأما إن استهلكه بالانتفاع مثل أن يكون ثوباً فيتعدى عليه فيبيعه ويأكل ثمنه أو طعاماً فيأكله وما أشبه ذلك، فهذا لا خلاف أنه في ذمته لا في رقبته. وأما جنايتهم على ما لم يؤتمنوا عليه فذلك في رقابهم كانت لحر أو لعبد، يخير سيد العبد الجاني بين أن يسلمه بما استهلكه من الأموال أو يفتكه بذلك، كان ما استهلكه من الأموال أقل من قيمته أو أكثر، إلا أن يرضى المجني عليه بأقل من ذلك إن كان حراماً مالكاً لنفسه أو مأذوناً له في التجارة. وأما إن كان عبد محجوراً عليه أو صبياً مولى عليه فلا يجوز إلا بإذن سيد العبد أو ولي اليتيم انتهى. وقاله الرجراجي وغيره وزاد: قال ابن حارث في باب أحكام العبد من كتاب أصول الفتيا له: ومن حكم العبد في جنايته كانت جنايته على نفسه أو على مال عمداً أو خطأً أن يخير السيد بين أن يفتكه من الجناية ويبقى كما كان قبل الجناية. وقال في المنتقى في كتاب الأقضية في قضية المزني لما سرق عبيد حاطب ناقته ونحروها وأغرم عمر رضي الله عنه حاطباً قيمتها وأضعفها ما نصه:

مسألة: ولو كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ: إنما يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال، وإلا فلا شيء، وإنما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها فيخير السيد بين إسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها. وقال ابن المواز: لا يتبع في السرقة التي يقطع فيها في رقه ولا عتقه ولا فيما بيده من ماله. ولو ثبت ذلك بالبينة إذا لم توجد بعينها لأن ماله إنما صار له بعد العتق انتهى. ص: **(إن قصد ضرباً)** ش: يعني قصد ضرب من لا يجوز له ضربه، وسواء قصد الشخص المضروب نفسه أو قصد أن يضرب شخصاً عدواناً فأصاب غيره. أما لو قصد ضرب من يحل له ضربه فأصاب غيره وهو خطأ قال في النوادر في ترجمة صفة العمد والخطأ: قال ابن المواز: ومن قتل رجلاً عمداً يظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص، فهو

من المدونة قال مالك: يقتل العبد بالحر إن شاء الولي، فإن استحياه خير سيده في إسلامه أو فدائه بالدية، وكذا يخير في فدائه بالدية في قتله خطأ، وإن قتل عبد حراً فأتى ولاته عليه بشاهد حلفوا خمسين يميناً، ولهم قتل العبد إن شاؤا، أو ليس لهم أن يحلفوا يميناً واحدة ليستحيوه إذ لا يستحق دم حر إلا ببينة أو حلف خمسين يميناً. **(إن قصد ضرباً وإن بقضيب)** من المدونة: من تعمد ضرب رجل بلطمة أو وكزة أو حجر أو بندقة أو قضيب أو عصاً أو غير ذلك، ففي كله القود إن مات بذلك. المتيطي: القتل يكون على ثلاثة أوجه: أحدها أن لا يعمد للضرب ولا للقتل مثل أن يرمي شيئاً فيصيب به إنساناً فيقتله، أو يقتل المسلم في حرب العدو وهو يرى أنه كافر، فهذا قتل خطأ بإجماع لا

كَخَنْقٍ وَمَنْعِ طَعَامٍ، وَمُثَقَّلٍ، وَلاَ قَسَامَةَ إِنْ أَنْفَذَ مَقْتَلَهُ بِشَيْءٍ، أَوْ مَاتَ مَغْمُوراً، وَكَطَرْحِ غَيْرِ مُحْسِنٍ لِلْعَوْمِ. عَدَاوَةً، وَإِلاَّ فَدِيَةٌ،

من الخطأ لا قصاص فيه، وقد مضى ذلك في مسلم قتله مسلمون بعهد النبي ﷺ يظنونه من المشركين فوداه عليه السلام ولم يهدره. انتهى ونقله الرجراجي في شرح المدونة. قال في المقدمات: القتل على ثلاثة أوجه: الأول إذا لم يعهد للقتل ولا للضرب مثل أن يرمي الشيء فيصيب به إنساناً فيقتله، أو يقتل المسلم في حرب العدو وهو يرى أنه كافر وما أشبه ذلك، فهذا هو قتل الخطأ بإجماع لا يجب فيه القصاص وإنما فيه الدية على العاقلة والكفارة في ماله انتهى.

تنبيه: قوله: «إن قصد ضرباً» يريد على وجه الغضب لا على وجه اللعب والأدب. قال في المقدمات: فإن قصد الضرب ولم يقصد القتل وكان الضرب على وجه الغضب، فالمشهور عن مالك المعروف من قوله إن ذلك عمد وفيه القصاص، وقال في التوضيح: وأما اللعب ففي المقدّمات فيه ثلاثة أقوال. أولها أنه خطأ. قال: وهو مذهب ابن القاسم ورواية عن مالك في

يجب فيه القصاص. الوجه الثاني أن يعمد للضرب ولا يعمد للقتل فلا يخلو أن يكون ذلك على وجه اللعب أو على وجه الأدب ممن يجوز له الأدب أو على وجه النائرة والغضب. فأما إن كان على وجه اللعب فثالث الأقوال قول المدونة أن ذلك من الخطأ، وأما إن كان على وجه الأدب ممن يجوز له الأدب كالمؤدب والصانع فهو يجري عندي على ما إذا كان على وجه اللعب فتدخل فيه الأقوال الثلاثة. وأما إن كان على وجه النائرة والغضب الوجه الثالث أن يعمد للقتل. انظره أول كتاب الديات. ومن المدونة: إن تعمده بضرب لطمة فمات قتل به (**كخنق ومنع طعام ومثقل**) التلقين: العمد ما قصد به إتلاف النفس بآلة تقتل غالباً ولو بمثقل أو بإصابة المقتل كعصر الانثيين وشدة الضغط والخنق. ابن القصار: أو يطبق عليه بيتاً أو يمنعه الغذاء حتى يموت جوعاً. بعض القرويين من منع فضل مائه مسافراً عالماً أنه لا يحل منعه وأنه يموت إن لم يسقه ماءه أنه قتل به وإن لم يل قتله (**ولا قسامة إن أنفذ مقتله أو مات مغموراً**) من المدونة: إن شققت بطن رجل فتكلم أو أكل أو عاش وأكل يومين أو ثلاثة ثم مات من ذلك أفيه قسامة؟ قال: لم أقف لمالك على هذا ولكنه قال: إن مات تحت الضرب أو بقي مغموراً لم يتكلم ولم يأكل ولم يشرب ولم يفق حتى مات فلا قسامة فيه. وقال: من أكل أو شرب وعاش ثم مات بعد ذلك ففيه القسامة لأنه لا يؤمن أنه مات من أمر عرض له. وأما شق الجوف فلم اسمع منه فيه شيئاً، وأرى إن أنفذ مقلته وعلم أنه لا يعيش من مثل هذا إنما حياته خروج نفسه فليس فيه وما أشبهه قسامة، وقد قال مالك في الشاة يخرق السبع بطنها فيشق أمعاءها فتنتشر: إنها لا تؤكل على حال (**أو كطرح غير محسن العوم عداوة وإلا فدية**) روى ابن القاسم طرح من لا يحسن العوم في نهر على وجه العداوة يوجب القود. ومن المدونة: من طرح رجلاً في نهر ولم يدر أنه لا يحسن العوم فمات، فإن كان على العداوة والقتل قتل به، وإن كان على غير

وَكَحَفْرِ بِئْرٍ، وَإِنْ بِبَيْتِهِ، أَوْ وَضْعِ مُزْلِقٍ، أَوْ رَبْطِ دَابَّةٍ بِطَرِيقٍ أَوْ اتِّخَاذِ كَلْبٍ عَقُورٍ تُقُدِّمَ لِصَاحِبِهِ قَصْدَ الضَّرَرِ، وَهَلَكَ المَقْصُودُ، وَإِلاَّ فَالدِّيَةُ،

المدونة. انتهى. وقال في الشامل: فإن كان في لعب فخطأ على الأصح، وثالثها إن تلاعبا معاً فكذلك، وإن ضربه ولم يلاعبه الآخر فالقود، انتهى ص: **(قصد الضرر وهلك المقصود وإلا فالدية)** **ش:** يعني أن من فعل شيئاً مما تقدم لقصد الضرر لمعين أو لغير معين أو لإهلاك سارق أو الدواب التي تأكل زرعه فإنه ينظر، إن فعله لمعين وهلك المقصود ففيه القصاص. وقوله: «وإلا فالدية» شامل للصورتين: الأولى أن يقصد ضرر شخص معين فيهلك غيره. الثانية لا يقصد شخصاً معيناً. والحكم في الصورتين سواء كما صرح به في المدونة وغيرها وفي التوضيح. ومفهوم قوله: «قصد الضرر» أنه لو لم يقصد ضراراً فلا شي عليه وهو كذلك. قال في أول سماع أصبغ من كتاب الأقضية: قال أصبغ بن الفرج: سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده، فيريد صاحب الزرع أن يحفر حول زرعه حفير المكان الدواب وقد تقدم إلى أصحابها وأنذرهم فيحفر فيقع بعض تلك الدواب في ذلك الحفير فتموت، أترى عليه ضماناً؟ قال: ليس عليه شيء ولو لم ينذرهم ولم يتقدم إليهم. وقاله أصبغ وهو قول مالك إن شاء الله. قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأنه إنما فعل ما يجوز له أن يفعله من الحفير في أرضه وضعه تحصيناً على زرعه لا لإتلاف دواب الناس، ولو فعل ذلك لإتلاف دواب الناس لزمه الضمان على ما قاله في المدونة في الذي يصنع في داره شيئاً ليتلف فيه السارق فتلف فيه السارق أو غير السارق أنه ضامن انتهى. وقال ابن يونس في آخر كتاب الديات: قال مالك: وإن جعل في حائطه حفير السباع أو حباله لم يضمن ما عطب بذلك في سارق أو غيره، فإن جعل في باب جنانه قصباً يدخل في رجل من يدخله أو اتخذ تحت عتبته مسامير لمن يدخل أو رش فناءه، يريد زلق من يدخله من دابة أو إنسان أو اتخذ فيه كلباً

ذلك ففيه الدية **(وكحفر بئر وإن ببيته أو وضع مزلق أو ربط دابة بطريق واتخاذ كلب عقور تقدم لصاحبه إنذار قصد الضرر وهلك المقصود وإلا فالدية)** من المدونة: من وضع سيفاً بطريق للمسلمين أو بموضع لقتل رجل فعطب به الرجل قتل به، وإن عطب به غيره فديته على عاقلته. ومن المدونة أيضاً قال مالك: من حفر بئراً في منزله للسارق أو عمل له ما يتلف به فمات ضمن ديته، وكذلك إن وقع فيه غيره. أبو إبراهيم: إن قصد قتل إنسان بعينه قتل به وفي غيره ديته على العاقلة كقولها في مسألة السيف وهو دليل الباب كله. ابن الحاجب: شرط القتل أن يكون عمداً ثم قال: وهو القصد إلى ما يقتل مثله من مباشرة أو تسبب. ثم قال: والسبب كحفر بئر أو شرب أو وضع سيف أو ربط دابة أو اتخاذ كلب عقور قصداً للهلاك حتى لو حفر في داره بئراً لإهلاك لص قتل به، ولو هلك به غير المقصود فالدية أو القيمة. أما لو فعل ذلك لا لقصد إهلاك فإن كان فيما لا يجوز له ضمن الدية والقيمة، وإن كان يجوز فإن قصد ضرراً ولو كسارق ضمنه وغيره وإلا فلا ضمان. الباجي: وروى

وَكَالإِكْرَاهِ، وَتَقْدِيمِ مَسْمُومٍ، وَرَمْيِهِ عَلَيْهِ حَيَّةً وَكَإِشَارَتِهِ بِسَيْفٍ فَهَرَبَ، وَطَلَبَهُ، وَبَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ، وَإِنْ سَقَطَ: فَبِقَسَامَةٍ، وَإِشَارَتُهُ فَقَطْ خَطَأً، وَكَالإِمْسَاكِ لِلْقَتْلِ، وَيُقْتَلُ الجَمْعُ بِوَاحِدٍ،

عقوراً، فهو ضامن لما أصيب من ذلك، ولو رش لغير ذلك لم يضمن من عطب فيه كحافر البئر في داره لحاجة أو لإرصاد سارق فهو مفترق، يعني والله أعلم أنه يفرق بين أن يحفرها لحاجته فلا يضمن، أو يرصد بها السارق فيضمن فتأمله والله أعلم. ص: **(ويقتل الجميع بواحد)** ش: ولو كان المباشر للقتل واحداً منهم أو كان عيناً لهم، وهذا مذهب ابن القاسم

ابن وهب: من رش فناءه ليزلق من يمر به من آدمي أو غيره ضمنه، وكذلك من جعل في الطريق مربطاً لدابته أو كلباً لداره يعقر من يدخلها أو في غنمه ليعدو على من أرادها. وروى ابن القاسم: من فعل ما يجوز له كمن حفر بئراً بداره من غير ضرر أحد أو بدار غيره بإذنه أو رش فناءه تبرداً أو تنظفاً أو ربط كلب صيد بداره أو في غنمه للسباع أو نصب حبالات للسباع أو وقف على دابته بطريق أو نزل عنها لحاجة أو أوقفها بباب مسجد أو حمام أو بسوق، لم يضمن ما هلك بشيء من ذلك، وكذا إن أخرج روشناً من داره. انظر بعد هذا عند قوله «إلا نهاراً» وانظر ترجمة فيمن استعمل صبياً من ابن يونس. وقال أشهب: من حفر بئر ماشية قرب أخرى لغير بغير إذنه فعطب بها آدمي، لم يضمنه لأنه جائز له إلا أن يعلم أنه يضر بجاره فيؤمر بردها وما هلك فيها بعد أمره ضمنه. محمد: وما هلك بذلك من آدمي فعلى ما قلته وغيره في ماله **(وكالإكراه وتقديم مسموم)** تقدم قول ابن الحاجب: شرط القتل أن يكون عمداً ثم قال: من مباشرة أو تسبب كحفر بئر وكالإكراه وتقديم الطعام المسموم. وقال ابن شاس: المذهب نوعان: أي سبب ومباشرة. فالسبب كحفر بئر للإهلاك وكالإكراه وشهادة الزور في القصاص على إحدى الروايتين وتقديم الطعام المسموم إلى الضيف. والذي لابن عرفة: في القود بالإكراه بشهادة الزور روايتان. واختار ابن القصار الأولى في تقديم الطعام المسموم القود انتهى نقله. من المدونة: من قتل رجلاً بسقي سم قتل به **(ورمى حية عليه)** أصبغ: من طرح على رجل حية مسمومة فمات قتل به ولا يصدق أنه على اللعب مثل بعض الشباب يطرح الحية التي لا تعرف بمثل هذا فتقتل فهذا خطأ. ابن عرفة: مقتضى قول المدونة إن تعمده بضرب لطمة فمات قتل به عدم شرط أنها قاتلة. وقال ابن شاس: يغلب السبب على المباشرة وذلك ظاهر إذا لم تكن المباشرة عدواناً كما لو طرح رجل مع سبع في مكان ضيق وأمسكه على ثعبان فهلك **(وكإشارته بسيف فهرب وطلبه وبينهما عداوة وإن سقط فبقسامة وإشارته فقط خطأ)** ابن شاس: واختلف في الإشارة بالسيف وقال محمد: من أشار على رجل بالسيف وكانت بينهما عداوة فتمادى بالإشارة عليه وهو يهرب منه فطلبه حتى مات فعليه القصاص ابن القاسم: إن طلبه حتى سقط فمات فعليه القود بقسامة أنه مات خوفاً منه. الباجي: لاحتمال موته من السقطة. الباجي: ولو كانت إشارته فقط فمات فإنما فيه الدية عند محمد على العاقلة ونحوه لابن القاسم **(وكالإمساك للقتل)** من الموطأ: من أمسك رجلاً لآخر ليضربه فضربه فمات إن أمسكه وهو يرى أنه يريد قتله قتلا معاً، وإن كان يرى أنه لا يقتله قتل القاتل فقط وعوقب الممسك أشد عقوبة وسجن سنة **(وتقتل الجماعة بالواحد)** ابن عرفة: المذهب قتل الجماعة

وَالْمُتَمَالِئُونَ؛ وَإِنْ بِسَوْطِ سَوْطٍ، والْمُتَسَبِّبُ مَعَ الْمُبَاشِرِ، كَمُكْرِهٍ وَمُكْرَهٍ، وَكَأَبٍ، أَوْ مُعَلِّمٍ أَمَرَ وَلَداً صَغِيراً، وسَيِّدٍ أَمَرَ عَبْداً مُطْلَقاً، فَإِنْ لَمْ يَخَفِ الْمَأْمُورُ: اقْتُصَّ مِنْهُ فَقَطْ،

خلافاً لأشهب. هكذا نقل اللخمي عنه في التبصرة. وانظر كتاب المحاربين من المدونة وشرحها لأبي الحسن وانظر كلام الباجي. ص: (**كمكره ومكره**) ش: يريد إلا الأب فإنه لو أكرهه شخص على قتل ابنه فقتله فلا قصاص على الأب للشبهة. والقصاص على المكره بكسر الراء كما نص عليه ابن الحاجب وغيره وقبله في التوضيح. وعلم منه إن عكس المسألة أولى بعدم

بالواحد (**والمتمالئون وإن بسوط سوط**) ابن الحاجب: لو تمالأ جمع على ضرب سوط قتلوا جميعاً. ابن عرفة: يريد تمالؤا على قتله (**والمتسبب مع المباشر**) ابن عرفة: قول ابن الحاجب «ولو اشترك المتسببون والمباشرون قتلوا جميعاً واضح، دليله مسألة الإمساك وقول المدونة في المحاربين إن ولي رجل من جماعة قتل رجل وباقيهم عون لهم وتابوا قبل أخذهم دفعوا لأولياء القتيل، قتلوا من شاؤوا وعفوا عمن شاؤوا وأخذوا الدية ممن شاؤوا. ومن الرسالة: وتقتل الجماعة بالواحد وإن ولي القتل بعضهم (**كمكره ومكره**) المازري: من أكره رجلاً على قتل رجل ظلماً قتل المباشر إذ لا خلاف أن الإكراه لا يبيح له قتل مسلم ظلماً، ويقتل المكره أيضاً لأن القاتل كآلة انتهى. وصور ابن رشد هنا ست صور ولم يذكر هذه الصورة بهذه العبارة. وعبارته في الذين يقتلون معاً أن قال ما نصه: الصورة الثانية أن يأمر الرجل عبد نفسه بقتل رجل فيفعل فإنهما يقتلان جميعاً عند ابن القاسم. ولم يختلف في ذلك كان العبد فصيحاً أو أعجمياً. وقاله أصبغ. الصورة الثالثة: أن يأمر الإمام بعض أعوانه بقتل رجل ظلماً فيفعل، لا خلاف أنهما يقتلان معاً. الصورة الرابعة: أن يأمر الرجل ابنه الذي في حجره وقد بلغ الحلم، أو الصانع لمتعلمه وقد بلغ الحلم، أو المؤدب لمن يؤدبه وقد بلغ الحلم، بقتل رجل فيفعل. اختلف في هذا قول ابن القاسم فقال في سماع يحيى: يقتل القاتل ويبالغ في عقوبة الآمر. وقال في رواية سحنون: إنهما يقتلان معاً انتهى. فانظر أنت هذا (**وكأب أو معلم أمر ولداً صغيراً**) ابن رشد: والصورة الخامسة أن يأمر الرجل ابنه الذي في حجره وقد راهق الحلم ومثله يتناهى عما ينهى عنه والصانع لمتعلمه كذلك يعني المراهق الذي لم يبلغ الحلم أو المؤدب لمن يؤدبه. كذلك أيضاً فإن الآمر يقتل ويكون على عاقلة الصبي القاتل نصف دية المقتول عند ابن القاسم. الصورة السادسة: أن يكون دون ذلك في السن فلا خلاف أن الآمر يقتل ويكون على عاقلة الصبي نصف الدية انتهى. والذي للمتيطي: إذا أمر رجل صبياً صغيراً لا يعقل بقتل رجل أو بقتل صبي، قتل الآمر أباً كان أو معلماً، وكانت على عاقلة الصغير المأمور الدية، وإن كان الصبي ممن يعقل وهو دون الحلم أدب ولم يقتل وكان على عاقلة الصبي المأمور الدية انتهى. انظر قوله «كانت عليه الدية» وقد تقدم لابن رشد نصف الدية وكذا قال المازري (**وسيد أمر عبداً مطلقاً**) تقدم في الصورة الثانية لابن رشد أن السيد والعبد يقتلان معاً، كان العبد فصيحاً أو أعجمياً. وقد تقدم في الفرع قبل هذا أن الآمر يقتل دون الصبي المأمور. انظر أنت عبارة خليل (**فإن لم يخف المأمور اقتص منه فقط**) ابن رشد: الصورة الأولى أن يأمر الرجل رجلاً آخر أو عبداً لغيره بقتل رجل فيقتله، لا خلاف أنه يقتل القاتل ويضرب الآمر مائة

وَعَلَى شَرِيكَ الصَّبِيِّ الْقِصَاصُ، إِنْ تَمَالآ عَلَى قَتْلِهِ، لاَ شَرِيكِ مُخْطِىءٍ، مَجْنُونٍ؛ وَهَلْ يُقْتَصُّ مِنْ شَرِيكِ سَبُعٍ وَجَارِحِ نَفْسِهِ؛ وَحَرْبِيٍّ وَمَرَضٍ بَعْدَ الْجُرْحِ، أَوْ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ؟ قَوْلاَنِ، وَإِنْ تَصَادَمَا، أَوْ تَجَاذَبَا مُطْلَقاً قَصْداً فَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَالْقَوَدُ،

....

ويسجن سنة انتهى. وانظر أنت الصورة الرابعة هل تدخل لخليل هنا. انظرها قبل قوله «وكاب» **(وعلى شريك الصبي القصاص إن تمالآ على قتله)** من المدونة: إن قتل رجل وصبي رجلاً عمداً قتل الرجل، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية. ابن يونس: يريد إذا تعمدا جميعاً قتله وتعاقدا عليه وتعاونا عليه **(لا شريك مخطىء ومجنون)** نص ابن الحاجب أن حكم المجنون كحكم المخطىء. وقال ابن عرفة في العامد إذا شركه صبي أو أب أو مجنون أو مخطىء أو من لا يقتص منه ستة أقوال. ومن المدونة: لو كانت رمية الصبي خطأ ورمية الرجل عمداً ومات منهما معاً فأحب إلي أن تكون الدية عليهما معاً لأني لا أدري من أيهما مات. ابن يونس: يريد نصف الدية على الرجل في ماله. محمد: وإن قتل رجلان رجلاً أحدهما عمداً والآخر خطأ، قتل المتعمد وعلى المخطىء نصف الدية **(وهل يقتص من شريك سبع وجارح نفسه وحربي ومريض بعد الجرح أو عليه نصف الدية قولان)** هذه عبارة ابن الحاجب وانظر شريك الهدم. قال ابن القاسم في رواية عيسى فيمن جرح ثم ضربته دابة فمات فلا يدري من أي ذلك مات قال: نصف الدية على عاقلة الجارح. قيل بقسامة؟ قال: وكيف يقسم في نصف الدية!؟ وقال في المجموعة: إذا جرحه رجل ثم ضربته دابة أو وقع من فوق جدار فأصابته جراح أخر ثم مات فلا يدري من أي ذلك مات. فلهم أن يقسموا لمات من جرح الجارح وهو كمرض المجروح بعد الجرح. وقد قال مالك: إذا مرض المجروح فمات فليقسموا لمات من ضربه في الخطأ والعمد. قال ابن المواز: وإن كان إنما طرحه إنسان على ظهر البيت بعد جرح الأول أقسموا على أيهم شاؤا، على الجارح أو الطارح، وقتلوه وضرب الآخر مائة وسجن عاماً. انتهى من ابن يونس. وراجع أنت ابن عرفة ونقله عن ابن رشد أن معنى مسألة الدابة إن جرح الرجل وضرب الدابة كان معاً ومات من حينه، فحمل أمره على موته من الآمر لاحتمال موته منهما احتمالاً واحداً لا يمكن تغليب أحدهما على الآخر. ابن رشد: وقوله فيمن شج موضحة فتأخر برؤه حتى سقط عليه جدار ومات منه أو قتل له نصف عقل الموضحة. ابن رشد: وهذا عندي لأنه لا يدري لعله مات من الموضحة. ابن عرفة: في تعليله نظر راجعه فيه **(وإن تصادما أو تجاذبا مطلقاً قصداً فماتا أو أحدهما فالقود)** قال مالك: إذا اصطدم فارسان فمات الفرسان والراكبان، فدية كل واحد على عاقلة الآخر، وقيمة فرس كل واحد في مال الآخر. قال مالك: ولو أن حراً وعبداً اصطدما فماتا جميعاً فقيمة العبد في مال الحر، ودية الحر في رقبة العبد يتقاصان، فإن كان ثمن العبد أكثر من دية الحر كان الزائد لسيد العبد في مال الحر، وإن كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شيء. وقال في رجلين اصطدما وهما يحملان جرتين فانكسرتا، غرم كل واحد ما كان على صاحبه، وإن انكسرت إحداهما غرم ذلك له صاحبه. قال مالك في السفينتين تصطدمان فتغرق إحداهما بما فيها، فلا شيء في ذلك على أحد لأن

وَحُمِلاَ عَلَيْهِ عَكْسُ السَّفِينَتَيْنِ، إِلاَّ لِعَجْزٍ حَقِيقِيٍّ: لاَ لِكَخَوْفِ غَرَقٍ؛ أَوْ ظُلْمَةٍ،

القصاص والله أعلم. ص: (عكس السفينتين) ش: أي فإنهما يحملان على عدم القصد إذا جهل أمرهم، فإذا تحقق أنهم متعمدون لإتلافهم فهم ضامنون. قال في المدونة: ولو أن سفينة صدمت أخرى فكسرتها فغرق أهلها، فإن كان ذلك من ريح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها فلا شيء عليهم، وإن كانوا قادرين على أن يصرفوها ولم يفعلوا ضمنوا. ابن يونس: يريد في أموالهم. وقيل: الدية على عواقلهم. نقله عنه ابن عرفة. وقال اللخمي: الدية في ذلك على العواقل إلا أن يتعمد ذلك ويعلم أن ذلك مهلك فتكون الدية في أموالهما انتهى. ونقله أبو الحسن عنه وهو مشكل فإنه يقتضي إذا تعمد أهل السفينة إغراق الأخرى فليس عليهم إلا الدية. والظاهر أنه يجب في ذلك القصاص لأن ذلك بمنزلة من طرح من لا يحسن العوم وبمنزلة المثقل فتأمله. وقال أبو الحسن: مسألة السفينة والفرس على ثلاثة أوجه: إن علم أن ذلك من الريح في السفينة وفي الفرس من غير راكبه فهذا لا ضمان عليهم، أو يعلم أن ذلك من سبب النواتية في السفينة ومن سبب الراكب في الفرس فلا إشكال أنهم ضامنون، وإن أشكل الأمر حمل في السفينة على أن ذلك من الريح وفي الفرس أنه من سبب راكبه. انتهى ص: (إلا لعجز حقيقي) ش: قال ابن عرفة: قول ابن عبد السلام إذا جمع فرسهما بهما ولم يقدرا

الريح تغلبهم إلا أن يعلم أن النواتية لو أرادوا صرفها قدروا فيضمنوا وإلا فلا شيء عليهم. قال ابن القاسم: ولو قدروا على حبسها إلا أن فيها هلاكهم وغرقهم فلم يفعلوا، فليضمن عواقلهم دياتهم ويضمنوا الأموال في أموالهم، وليس لهم أن يطلبوا نجاتهم بغرق غيرهم. وكذلك لو لم يروهم في ظلمة الليل وهم لو رأوهم لقدروا على صرفها فهم ضامنون لما في السفينة ودية من مات على عواقلهم، ولكن لو غلبتهم الريح أو غفلوا لم يكن عليهم شيء. انتهى من ابن يونس ابن عرفة: قال ابن شاس: وسواء كان المصطدمون راكبين أو ماشين أو بصيرين أو ضريرين أو أحدهما ضريراً وبيده عصا، وإن تعمد الاصطدام فهو عمد محض فيه حكم القصاص، ولوكانا صبيين ركبا بأنفسهما أو أركبهما أولياؤهما فالحكم فيهما كما في البالغين إلا في القصاص. ولو جذبا حبلاً فانقطع فتلف فكاصطدامهما، وإن وقع أحدهما على شيء فأتلفه ضمناه. ابن عرفة: يؤيد هذا ما في المدونة والمجموعة إن اصطدم فرسان فمر أحدهما على صبي فقطع أصبعه ضمناه. انظر هنا في ابن عرفة القصاص من قتل خارجة ولم يلتفت لإثبات قوله أردت عمراً وأراد الله خارجة. ومن قتل رجلاً عمداً يظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص، ومن رمى رجلاً بحجر فاتقاها المرمى عليه فقتلت آخر كما لو هرب إمام القاتل فسقط على طفل فقتله كالأربعة الذين تعلق بعضهم ببعض وسقطوا على الأسد فقتلهم **(وحملا عليه عكس السفينتين إلا لعجز حقيقي إلا كخوف غرق أو ظلمة)** قد تقدم جميع ما نقل ابن يونس عن ابن القاسم في اصطدام السفينتين والراكبين. وقال ابن الحاجب: لو اصطدم فارسان عمداً فأحكام القصاص وإلا فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر. ثم قال: فإن اصطدم سفينتان

وَإِلاَّ فَدِيَةُ كُلٍّ عَلَى عَاقِلَةِ الآخَرِ، وَفَرَسُهُ فِي مَالِ الآخَرِ كَثَمَنِ الْعَبْدِ، وَإِنْ تَعَدَّدَ الْمُبَاشِرُ، فَفِي الْمُمَالأَةِ يُقْتَلُ الْجَمِيعُ، وَإِلا قُدِّمَ الأَقْوَى، وَلاَ يَسْقُطُ الْقَتْلُ عِنْدَ الْمُسَاوَاةِ

على صرفهما لم يضمنا. يريد لقولها في الديات إن جمحت دابة براكبها فوطئت إنساناً فإنه يضمن، وبقولها في الرواحل إن كان في رأس الفرس اعتزام فحمل بصاحبه فصدم فراكبه ضامن لأن سبب فعله جمحه من راكبه وفعله به إلا أن يكون إنما نفر من شيء مر به في الطريق من غير سبب راكبه فلا ضمان عليه، وإن فعل به غيره ما جمح به فذلك على الفاعل والسفينة في الريح هي الغالبة فهذا هو الفرق بينهما. قلت: فهذا كالنص على أن ما تلف بسبب الجموح فهو من راكبه مطلقاً إلا أن يعلم أنه من غير، خلاف قول ابن عبد السلام ما تلف بالجموح ولم يقدر على صرفه لا ضمان فيه فتأمله. انتهى وهو ظاهر ص:

فلا ضمان بشرط العجز عن الصرف، والمعتبر العجز حقيقة لا لخوف غرق أو ظلمة. ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب يوهم أن حكم الفارسين مخالف لحكم السفينتين وليس كذلك، لأن الفارسين إذا جمع بهما فرساهما فكان تلف لم يضمنا إلا أن الفرسين إذا جهل أمرهما حمل على أنهما قادران على إمساكهما وفي السفينتين على العجز. ابن عرفة: قوله «إذا جمح الفرس ولم يقدر راكبه على صرفه أنه لا يضمن» يرد بقولها إن جمحت دابة براكبها فوطئت إنساناً فهو ضامن، وبقولها إن كان في رأس الفرس اعتزام فحمل بصاحبه فاصطدم فصاحبه ضامن لأن سبب جمحه من راكبه وفعله به إلا أن يكون إنما نفر من شيء مر به في الطريق من غير سبب راكبه فلا ضمان عليه **(وإلا فدية كل على عاقلة الآخر وفرسه في مال الآخر كثمن العبد)** تقدم أول مسألة إن لم يصدما قصداً وكيف لو كان أحدهما عبداً. ولم يذكر ابن يونس اصطدامهما قصداً وهنا كان ينبغي نقل كلامه، لكن أردت تقديم نص المدونة **(وإن تعدد المباشر ففي الممالأة يقتل الجميع وإلا قدم الأقوى)** انظر قبل هذا عند قوله «والمتمالئون» وعند قوله «والمتسبب مع المباشر» ذكر هناك إذا كان المتمالئون في فور واحد، وذكر هنا إذا طرأت مباشرة ثم أخرى، قال ابن شاس: إذا طرأت مباشرة على مباشرة قدم الأقوى. فلو جرح الأول وحز الثاني الرقبة فالقود على الثاني، فلو أنفذ الأول المقاتل ثم أجهز عليه آخر فالقصاص على الأول خاصة بغير قسامة ويبالغ في عقوبة الثاني. سحنون: لو قطع أحدهم يده والآخر رجله وضرب الآخر عنقه، قتل القاتل وقطع القاطعان. ابن عرفة: لو أنفذ أحدهما مقاتله وأجهز عليه الآخر فقال ابن القاسم في سماع يحيى: يقتل الأول ويعاقب الثاني، وقال في سماع أبي زيد عكس ذلك. قال ابن رشد: قتل الأول أظهر. ووجه القول الثاني هو الذي يقتل لأنه حينئذ كان معدوداً في جملة الأحياء يرث ويوصي. وعن سحنون: إن وصية من أنفذت مقاتله لا تجوز، فعلى قوله لا يرث ولا يورث. وقياس قول ابن القاسم يقتل به الأول أنه لا يرث ولا يورث. وله في سماع عيسى أنه يرث ويورث، فيتحصل في هذه المسألة ثلاثة أقوال ثالثها التفرقة بين القصاص والموارثة وهي أحسن الأقوال **(ولا يسقط القتل عند المساواة**

بِزَوَالِهَا بِعِتْقٍ، أَوْ إِسْلَامٍ وَضَمِنَ وَقْتَ الإِصَابَةِ، وَالمَوْتِ،

(وضمن وقت الإصابة والموت) ش: يعني أنه إذا زال التكافؤ بين حصول الموجب الذي هو السبب ووصول الأثر أي السبب فقال ابن القاسم: المعتبر في الضمان أي ضمان دية الحر وقيمة العبد حال الإصابة وحال الموت أي حصول السبب. هذا لفظ التوضيح ويشير بقوله: «حال الإصابة والموت» إلى قول ابن الحاجب. فلو زال بين حصول الموجب ووصول الأثر كعتق أحدهما أو إسلامه بعد الرمي وقبل الإصابة وبعد الجرح وقبل الموت. فقال ابن القاسم: المعتبر حال الإصابة وحال الموت كمن رمى صيداً ثم أحرم ثم أصابه فعليه الجزاء. وقال أشهب وسحنون: حال الرمي. ثم رجع سحنون انتهى. ففي الكلام لف ونشر لشيء مقدر. فقوله: «حال الإصابة» أي في مسألة ما إذا زال التكافؤ بين الرمي والإصابة، وقوله: «والموت» أي في مسألة ما إذا زال بين الجرح والموت.

تنبيه: وهذا بالنسبة إلى ضمان الدية والقيمة، أما بالنسبة إلى القصاص فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتفاقاً. قال ابن الحاجب إثر كلامه المتقدم: فأما القصاص فبالحالين معاً. قال المصنف في التوضيح: أي فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتفاقاً انتهى. قلت: ويفهم من كلام ابن الحاجب مسألة أخرى وهي أن

بزوالها بعتق أو إسلام وضمن وقت الإصابة والموت) ابن الحاجب: إذا صادف القتل تكافؤ الدماء لم يسقط بزواله كالكافر يسلم والعبد يعتق، فلو زال بين حصول الموجب ووصول الأثر كعتق أحدهما أو إسلامه بعد الرمي وقبل الإصابة وبعد الجرح وقبل الموت. فقال ابن القاسم: المعتبر في الضمان وقت الإصابة وحال الموت كما لو رمى صيداً ثم أحرم ثم أصابه فعليه جزاؤه اهـ. وقد تقدم قوله «لا زائد حرية أو إسلام حين القتل» وقوله «مكلف معصوم للتلف والإصابة» وأجلت الكلام على الفرعين إلى التكلم على هذا الفرع، وقد عقد ابن شاس في هذه المسألة فصلاً فقال: فصل في تغيير الحال من الرمي والجرح وبين الجرح والموت. وقال ابن عرفة: نفي التكافؤ أثر القتل لغو.

قال ابن القاسم: إن أسلم النصراني بعد قتله نصرانياً قتل به، فإن لم يكن للقاتل ولي فالعفو عنه أحب إلي. ابن رشد: استحب العفو عنه لحرمة الإسلام بخلاف المسلم يقتل مسلماً لا ولي له إلا المسلمون لا يجوز عفو الإمام عنه مجاناً لأنه ناظر للمسلمين فهو كالوصي على الصغير لا يجوز عفوه مجاناً، ويجوز عفوه نظراً لليتيم. ابن يونس: قال مالك: إذا جرح النصراني أو العبد المسلم ثم أسلم هذا وعتق هذا وقال كل واحد منهما دمي عند فلان، فإن كان للنصراني أولياء مسلمون أو للعبد أولياء أحرار أقسموا مع قوله واستحقوا الدية في مال الجاني ولا قود فيه. ابن عرفة: قال ابن القاسم: إن أسلم نصراني بعد أن جرح فمات ففيه دية حر مسلم في مال الجاني حالة. أشهب: إنما عليه دية نصراني إنما النظر لوقت الضربة لا للموت، ألا ترى لو قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المقطوعة يده فمات مرتداً أو قتل، أن القصاص في قطع اليد ثابت على الجاني انتهى. انظر قول ابن القاسم: لم

وَالْجُرْحُ: كَالنَّفْسِ فِي الْفِعْلِ، وَالْفَاعِلِ، وَالمَفْعُولِ، إِلاَّ نَاقِصاً جَرَحَ كَامِلاً،

القصاص يشترط فيه حصول التكافؤ في حال السبب والمسبب، فيشترط في القصاص في الرمي أن يكون حراً من حين الرمي إلى حين الإصابة، فلو كان عبداً حين الرمي أو كان كافراً ثم عتق أو أسلم قبل الإصابة فلا قصاص عليه، وبذلك صرح ابن الحاجب وهو في سماع عيسى من كتاب الديات، وليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا فتأمله. ص: **(إلا ناقص جرح كاملاً)** ش: يعني أن الناقص إذا جرح الكامل فإنه لا يقتص من الناقص للكامل كما إذا جرح العبد الحر والكافر المسلم. هذا هو المشهور في المذهب الذي اقتصر عليه صاحب الرسالة. وروى ابن القصار عن مالك وجوب القصاص. قال ابن الحاجب: وقيل إنه الصحيح. ورُوِي

يجعل حكمه حكم المسلم فيكون فيه القود، ولم يجعل حكمه حكم نصراني فيكون عليه دية نصراني. فانظره مع قولهم «وضمن وقت الموت» ثم نقل ابن عرفة فروعاً ثم قال: لو جرح مسلم مسلماً فارتد المجروح ثم نزا به فمات، فاجتمع الناس على أن لا قود فيه لأنه صار إلى ما أحل دمه. ابن عرفة: وقد تقدم لأشهب أن القصاص في الجرح ثابت. وانظر لو رمى عبد رجلاً بسهم فعتق قبل وصول السهم. قال ابن شاس: الاعتبار عند ابن القاسم بحال الإصابة. قال الأستاذ أبو بكر: فعلى هذا الدية على عاقلته. وقال سحنون: الجناية في رقبته لأنه عبد حين الرمية فجعل الحكم بخروج الرمية. وانظر عكس هذا لو رمى حر عبداً فعتق قبل الإصابة تجب دية حر على قول ابن القاسم، وعلى الأصل الثاني قيمة عبد من ابن شاس، وانظر لو رمى مسلم مرتداً فأسلم قبل وصول الرمية فقتله أو جرحه فعليه في قول ابن القاسم إن مات الدية حالة في ماله، وإن لم يمت فدية الجرح في ماله، وعلى قول سحنون وأشهب لا قصاص على الرامي لأنه رمى في وقت لا قود فيه ولا عقل. وانظر لو رمى عبد نفسه ثم أعتقه قبل إصابته على قول ابن القاسم الدية عليه، وعلى قول غيره لا شيء عليه، وانظر إذا رمى مرتداً ثم أسلم ثم أصاب سهمه رجلاً خطأ فقال سحنون: أنا وإن كنت أعتبر وقت الرمي فأقول في هذه الدية على العاقلة وإن كان ليس من أهل العاقلة وقت الرمي إذ لا عاقلة للمرتد فإنما انظر إلى الدية يوم تفرض على العاقلة، وها هنا لم يحكم فيها حتى أسلم وله وقت الإسلام عاقلة، وقد قال أصحابنا: أجمع ابن القاسم وغيره إن جنى خطأ ثم أسلم أن عاقلته تحمل ذلك، فكذلك هذا عندهم. وانظر لو رمى مسلم نصرانياً فأسلم قبل وصول الرمية لا قصاص فيه وفيه دية مسلم في قول ابن القاسم، وفي قول أشهب ديته دية نصراني. وانظر لو جنى مسلم على نصراني فتمجس النصراني ثم نزا في جرحه فمات فعليه دية مجوسي في قول ابن القاسم، ودية نصراني في قول أشهب. ولو كان مجوسياً ثم تهود فعلى قول ابن القاسم دية يهودي وقاله عبد الملك، وعلى قول أشهب دية مجوسي **(والجرح كالنفس في الفعل والفاعل والمفعول إلا ناقصاً جرح كاملاً)** ابن شاس: النظر في القصاص في نوعين: في النفس والطرف. فتكلم على النفس ثم قال: النوع الثاني في القصاص في الطرف وذلك في شرط القطع والقاطع والمقطوع ما ذكرنا في شروط القتل والقاتل والمقتول. قال الأستاذ أبو بكر: وعقد الباب أن كل شخصين يجري بينهما القصاص في النفوس من الجانبين يجري

وَإِنْ تَمَيَّزَتْ جِنَايَاتٌ بِلاَ تَمَالُؤٍ، فَمِنْ كُلٍّ: كَفِعْلِهِ، وَٱقْتُصَّ مِنْ مُوضِحَةٍ، أَوْضَحَتْ عَظْمَ الرَّأْسِ وَالجَبْهَةِ وَالخَدَّيْنِ، وَإِنْ كَإِبْرَةٍ، وَسَابِقِهَا مِنْ دَامِيَةٍ، وَخَارِصَةٍ شَقَّتِ الجِلْدَ، وَسِمْحَاقٍ كَشَطَتْهُ، وَبَاضِعَةٍ شَقَّتَ اللَّحْمَ، وَمُتَلاَحِمَةٍ غَاصَتْ فِيهِ بِتَعَدُّدٍ، وَمِلْطَاةٍ قَرُبَتْ لِلْعَظْمِ:

أنه يجتهد السلطان، ورُوي أنه يوقف، ورُوي أن المسلم مخير في القصاص والدية وخرجوها في العبد، وعلى المشهور فإن برىء المجروح على غير شين فلا شيء فيه غير الأدب إلا الجراح المقدرة، وإن برىء على شين فهو في رقبة العبد وذمة النصراني. قال في النوادر في ترجمة القود بين الرجال والنساء والعبيد والإماء: ومن كتاب ابن المواز قال مالك: ليس له أي للمسلم إلا الدية في الجراح بينه وبين الكافر والعبد. قال مالك: وإذا جرح الذمي أو العبد مسلماً عمداً فبرىء بغير شين فليس عليه غير الأدب. وإن برىء على شين من جرح العبد فهو في رقبته انتهى. يريد في غير الجراح المقدرة فإن ديتها المقدرة تكون في رقبته. وقال في أول كتاب جنايات العبيد من النوادر عن كتاب ابن المواز قال مالك: وإن جنى حر على عبد فينظر إلى ما نقص يوم البرء أن لو كان هذا يوم الجناية لا يوم البرء مع الأدب، يريد في العمد ولو برىء على غير شين فلا شيء فيه غير الأدب في الحر والعبد إذ لا قصاص بين حر وعبد، وإن جنى عبد على حر نظر إلى دية ذلك بعد البرء في العمد والخطأ، فيكون في رقبة العبد إلا أن يفدي بذلك وفي العمد الأدب، وإن برىء الحر على غير شين فلا شيء فيه إلا الأدب، وإن برىء على شين فذلك في رقبة العبد. انتهى ص: **(أوضحت عظم الرأس والجبهة)** ش: انظر أوائل

في الأطراف قال: فأما إذا كان أحدهما يقتص له من الآخر ولا يقتص لآخر منه في النفس فقال مالك: لا يقتص في الأطراف وإن كان يقتص منه في النفس كالعبد يقتل الحر والكافر يقتل المسلم يقتلان، ولو قطع العبد أو الكافر الحر المسلم لم يكن له أن يقتص منهما في الأطراف وإن في ظاهر المذهب. وقال ابن عرفة: متعلق الجناية غير نفس وإن أبانت بعض الجسم فقطع وإلا فإن أزالت اتصال عظم لم يبق فكسر، فإن أثرت في الجسم فجرح وإلا فإتلاف منفعة، والقصاص في الأطراف لا في النفس إلا في جناية أدنى على أعلا، فلو قطع عبد أو كافر حراً مسلماً فطرق الباجي مشهور مذهب مالك لا قصاص وتلزم الدية **(وإن تميزت جنايات بلا تمالؤ فمن كل كفعله)** سحنون: لو قطع أحدهم يده انظره قبل هذا عند قوله «وإن تعدد المباشر» **(واقتص من موضحة أوضحت عظم الرأس والجبهة والخدين وإن كإبرة وسابقها من دامية وحارصة شقتا الجلد وسمحاق كشطبة وباضعة شقت اللحم ومتلاحمة غاصت فيه بمتعدد وملطأة قربت للعظم)** عبد الوهاب: الجراح على ضربين: ضرب تتأتى فيه المماثلة وهو الذي يجب فيه القصاص كالدامية وما بعدها إلى الموضحة، وقطع الأطراف وقلع العين وغير ذلك من الأعضاء. وقال المتيطي: كل هذه الشجاج المراد بها ما كان في الرأس. ابن عرفة: وفي الجراح ما قبل الهاشمة القود. ابن شاس: ولا قصاص فيما بعد الموضحة. عياض: أولاها الحارصة وهي ما حرص الجلد أي شقه، وتسمى الدامية لأنها تدمي، والدامعة لأن الدم

كَضَرْبَةِ السَّوْطِ، وَجِرَاحِ الجَسَدِ، وَإِنْ مُنَقِّلَةً بِالمَسَاحَةِ إِنْ اتَّحَدَ المَحَلُّ: كَطَبِيبٍ زَادَ عَمْداً، وَإِلاَّ فَالْعَقْلُ: كَيَدٍ شَلاَّءَ عَدِمَت النَّفْعَ بِصَحِيحَةٍ، وَبِالعَكْسِ،

كتاب الجراح من المدونة ص: (**بالمساحة**) ش: بكسر الميم قاله في القاموس ص: (**كلطمة**) ش: يعني أنه لا قصاص في اللطمة باليد وإنما فيها الأدب كما يفهم من قوله: «وعمده كالخطأ إلا في الأدب» فإنه يعود إلى جميع ما تقدم. قال في كتاب الديات من المدوّنة قبل ترجمة الغيلة: وإن قطع بضعة من لحمه ففيها القصاص. مالك: ولا قود في اللطمة. قال الشيخ أبو

يدمع منها. وقيل: الدامية أولى لأنها تخدش فتدمي ولا تشق الجلد، ثم الخارصة لأنها شقت الجلد. وقيل: هي السمحاق كأنها جعلت الجلد كسماحيق السحاب، ثم الدامعة لأنها دمها كالدمع، ثم الباضعة. ابن شاس: وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم غوصاً بالغاً وتقطعه في عدة مواضع. عياض: وهي التي أخذت في اللحم في غير موضع. ثم الملطاة وهي ما قرب من العظم وبينها وبينه قليل من اللحم. وقيل: هي السمحاق. ثم الموضحة وهي التي كشفت عن العظم. ومن المدونة: حد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة وعظم الرأس محلها، وحد ذلك منتهى الجمجمة، وموضحة الخد كالجمجمة. ابن شاس: الموضحة التي توضح العظم من الرأس والجبهة. عياض: ثم الهاشمة ما هشمت العظم (**كضربة السوط**) من المدونة قال ابن القاسم: في ضربة السوط القود بخلاف اللطمة فلا قود فيها (**وجراح الجسد وإن منقلة**) لو قال: «وإن هاشمة» لتنزل على ما يتقرر. وقد قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن المنقلة لا تكون إلا في الرأس والوجه. ابن الحاجب: في جراح الجسد من الهاشمة وغيرها القود بشرط أن لا يعظم الخطر كعظام الصدر والعنق والصلب والفخذ. ومن المدونة قال مالك: في عظام الجسد القود كالهاشمة لا المجوف كالفخذ وشبهه، وربيعة يرى القود في كل جرح ولو كان متلفاً. قال مالك: وإن قطع بضعة من لحمه ففيها القود. ابن عرفة: يريد بشرط المماثلة محلاً وقدراً (**بالمساحة**) ابن حارث: اتفقا في جراح العمد في الجسد أن القصاص منها على قدر الجرح في طوله وعمقه، فإن كانت موضحة في الرأس فقال ابن القاسم: القود على قدر الموضحة (**إن اتحد المحل**) ابن الحاجب: تشترط المماثلة في المحل والقدر والصفة، فلا تقطع اليمنى باليسرى، ولا الثنائية بالرباعية، وتتعين عند عدمه الدية. ابن رشد: لا خلاف أن الأنملة تقطع بالأنملة كانت أطول أو أقصر، وإنما اختلف في الجراح قال ابن القاسم قديماً: إنما يقاد بقدر الجرح الأول وإن أوعب رأس المستقاد منه، يريد ولو لم يعب بالقياس فليس عليه غير ذلك. الباجي: على قول ابن القاسم إن قصر رأس الجاني عن قدر الشق فليس عليه غير ذلك لا يتعدى الرأس إلى الجبهة ولا الذراع إلى العضد ولا قود في الباقي ولا دية (**كطبيب زاد عمداً وإلا فالعقل**) في المدونة والمجموعة لابن القاسم: ما زاد الطبيب في القود خطأ فعلى عاقلته. ابن عرفة: مفهومه إن زاد عمداً فالقصاص وهو واضح من إطلاق الروايات (**كيد شلاء عدمت النفع بصحيحة وبالعكس**) ابن شاس: لا تقطع الشلاء بالصحيحة، ولا تقطع الصحيحة بالشلاء، وإن قنع بها إلا أن يكون له بها

وَعَيْنٍ أَعْمَى، وَلِسَانٍ أَبْكَمَ، وَمَا بَعْد الموضِحَةِ مِنْ مُنَقِّلَةٍ طَارَ فِرَاشُ الْعَظْمِ مِنْ الدواءِ،وَآمَّةٍ أَفْضَتْ لِلدِّمَاغِ، وَدَامِغَةٍ خَرَقَتْ خَرِيطَتَهُ، وَلَطْمَةٍ، وَشُفْرِ عَيْنٍ، وَحَاجِبٍ، وَلَحْيَةٍ، وَعَمْدُهُ كَالْخَطَإِ إِلاَّ فِي

الحسن: لأنها عنده لا تنضبط وفيها عنده تفاوت كثير وفيها الأدب انتهى. وكذلك الضربة بالعصا على المشهور. وهذا إذا لم يكن عن ذلك جرح وإلا فإنه يقتص منه كما صرح بذلك في النوادر في ترجمة ذكر ما لا قود فيه من اللطمة والضربة. وذكره أيضاً في آخر الترجمة التي قبلها. وقال في المدونة قال ابن القاسم: وفي ضربة السوط القود قال سحنون: ورُوي عن مالك أنه لا قود فيه كاللطمة وفيه الأدب انتهى. قال ابن عرفة عن الشيخ عن أشهب أنه لا قود في اللطمة ولا في الضربة بالسوط والعصا أو بشيء من الأشياء إلا أن يكون جرح. انتهى ص: **(وشفر عين وحاجب ولحية)** ش: قال في المدوّنة في كتاب الجراح: وليس في جفون العين وأشفارها إلا الاجتهاد، وفي حلق الرأس إذا لم ينبت إلا الاجتهاد، وكذلك اللحية. وليس في عمد ذلك قصاص، وكذلك الحاجبان إذا لم ينبتا إلا الاجتهاد ص: **(وعمده كالخطأ إلا في الأدب)** ش: قال في كتاب الجراح من المدوّنة: وفي كل عمد القصاص مع الأدب. قال أبو الحسن الصغير: قال أبو عمران: إن اقتص منه فأدبه دون أدب من لم يقتص منه. وقال في العتبية في سماع ابن القاسم: سئل مالك عن الذي يقتص منه هل عليه عقوبة. قال: نعم. قال ابن رشد: قد قيل إنه لا عقوبة عليه مع القصاص لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [سورة

انتفاع، ولا يضم إليها أرش. وعبارة ابن يونس قال أشهب قال مالك: أما إن كان فيها منفعة إلا أن بها شللاً بيناً وهو ينتفع بها فرضي أن يستقيد من هذه الناقصة وله فيها استمتاع، فذلك له لأنها تقطع في السرقة، وأما إن لم تكن فيها منفعة فليس ذلك له، واليد الشلاء يقطعها رجل صحيح فلا قصاص فيها **(وعين أعمى ولسان أبكم)** ابن شاس: الذكر المقطوع الحشفة والحدقة العمياء ولسان الأبكم كاليد الشلاء **(وما بعد الموضحة من منقلة أطارت فراش العظم من الدواء وآمة أفضت للدماغ ودامغة خرطت خريطته)** قال عبد الوهاب: من شرط القصاص أن يكون الجرح لا يعظم الخطر فيه ولا يغلب والخوف منه على النفس كالموضحة فما قبلها، فإن كان مما يغلب ويغلب خطره فلا قصاص، وفيه الدية حالة في مال الجاني، وذلك كالمأمومة والجائفة والمنقلة على خلاف فيها خاصة. ومن المدونة: لا قود في المنقلة والمأمومة والجائفة. والمنقلة ما أطار فراش العظم وإن صغر. عياض: المنقلة ما كسرت العظم فيعتقر إلى إخراج بعض عظامها لإصلاحها. وقد تقدّم عند قولها «وإن منقلة» أنها لا تكون إلا في الرأس، والمأمومة هي التي أفضت إلى أم الدماغ وهي تختص بالرأس، والجائفة هي التي نفذت إلى الجوف وهي تختص به. التلقين: يقال في المأمومة الآمة. ابن شاس: وهي البالغة إلى أم الرأس، والدامغة الخارقة لخريطة الدماغ **(كلطمة وشفر عين حاجب ولحية وعمده كالخطأ إلا في الأدب)** من المدونة: لا قود في اللطمة قال: وليس في جفون العين وأشفارها إلا الاجتهاد. الباجي: ومن نتف لحية رجل أو رأسه أو شاربه فقال ابن القاسم: فيه الأدب. قال المغيرة: ولا قصاص فيه. ابن

الأَدَبِ، وَإِلا أَنْ يَعْظُمَ الْخَطَرُ فِي غَيْرِهَا: كَعَظْمِ الصَّدْرِ، وَفِيهَا أَخَافُ فِي رَضِّ الأُنْثَيَيْنِ أَنْ يَتْلَفَ،

المائدة: ٤٥] وهو الأظهر، ووجه قول مالك في إيجاب الأدب مع القصاص وهو الردع والزجر ليتناهى الناس انتهى. فعلم من هذا أن وجوب الأدب مع القصاص هو قول مالك. وأما القول الذي حكاه ابن رشد بـ«قيل» وقال إنه الأظهر، فلم أقف عليه في المذهب، وكلامه في المقدمات يدل على أنه ليس في المذهب. قال في المقدمات: ويجب على الجارح مع القصاص الأدب على مذهب مالك لجرءته. وقال عطاء بن أبي رباح: المجروح قصاص ليس للإمام أن يضربه ولا أن يسجنه وإنما هو القصاص، فعلم أن القول الثاني الذي حكاه بـ«قيل» إنما هو قول عطاء بن أبي رباح واختاره ابن رشد والله أعلم ص: **(إلا أن يعظم الخطر في غيرها كعظم الصدر)** ش: لما أن أخرج الجراح التي لا قصاص فيها لأنها متالف وفهم من ذلك أن ما عداها من الجراح فيه القصاص، ذكر أن شرط القصاص فيها أن لا يعظم الخطر في ذلك الجرح والكسر كعظم الصدر. وجزم هنا تبعاً لمن تقدمه كابن الحاجب. ورد في المدونة الأمر في ذلك لأهل المعرفة. وكذلك في الضلع قال في كتاب الجراح من المدونة والصلب إذا كسر خطأ وبرىء وعاء لهيئته فلا شيء فيه، وكذلك كل كسر يعود لهيئته لا شيء فيه إلا أن يكون عمداً يستطاع فيه القصاص فإنه يقتص منه وإن كان عظماً إلا في المأمومة والجائفة والمنقلة، وما لا يستطاع أن يقتص منه فليس في عمد ذلك إلا الدية مع الأدب. قال مالك: وفي عظام الجسد القود من الهاشمة وغيرها إلا ما كان مخوفاً مثل الفخذ وشبهه فلا قود فيه. قال ابن القاسم: وإن كانت الهاشمة في الرأس فلا قود فيه لأني لا أجد هاشمة في الرأس إلا كانت منقلة. ولا قصاص في الصلب والفخذ وعظام العنق، وفي كسر أحد الزندين وهما قصبتا اليد القصاص، وإن كانت خطأ فلا شي فيه إلا أن يبرأ على عثم فيكون فيها الاجتهاد. وفي كسر الذراعين والعضدين والساقين والقدمين والكفين والأصابع القصاص، وفي كسر الضلع الاجتهاد، إذا برىء على عثم، وإن برىء على غير عثم فلا شيء فيه، وإن كسرت عمداً فهي كعظام الصدر إن كان مخوفاً كالفخذ فلا شيء فيه، وإن كان مثل اليد والساق ففيه القصاص. وفي الترقوة إذا كسرت عمداً القصاص، لأن أمرها يسير لا يخاف منه، وإن كسرت خطأ ففيه الاجتهاد. وإن برىء على عثم وإلا فلا شيء فيه. وكذلك اليد والرجل وجميع عظام الجسد إذا كسرت خطأ فبرئت على غير عثم فلا شيء فيه انتهى. لكن بقي على المصنف أن يعد في الجراح التي

الحاجب: لا قصاص في اللحية وأشفار العين وهو كالخطأ إلا الأدب **(ولا أن يعظم الخطر في غيرها كعظم الصدر)** وانظر عند قوله «وجراح الجسد». وقال ابن شاس: وبالجملة فلا قصاص في شيء مما يعظم الخطر فيه كائناً ما كان **(وفيها أخاف في رض الأنثيين أن يتلف)** من المدونة: قيل: فإن أخرج الانثيين أو رضهما عمداً قال: قال مالك: فيهما القصاص. ولا أدري ما قوله في الرض إلا أني أخاف أنه متلف، فإن كان متلفاً فلا قود وكذلك كل متلف. أشهب: إن قطعتا أو أخرجتا ففيهما القود لا

وَإِنْ ذَهَبَ: كَبَصَرٍ بِجُرْحٍ اُقْتُصَّ مِنْهُ، فَإِنْ حَصَلَ، أَوْ زَادَ، وَإِلاَّ فَدِيَةٌ: مَا لَمْ يَذْهَبْ

لا قصاص فيها الجائفة كما نص على ذلك في المدوّنة وغيرها والله أعلم. قال أبو الحسن: شك في عظام الصدر والضلع فرد ذلك إلى أهل المعرفة انتهى. يعني به كونه رد ذلك إلى الاجتهاد. وقال في النوادر في ترجمة ما يكون فيه القصاص وما لا يكون فيه عن كتاب ابن المواز قال: ففي الترقوة والضلع القصاص. قيل: فيسقط القود في شيء من كسر العظام. قال: أما في مثل عظام الصدر فلا أرى فيه القصاص. وقد قال أشهب: لا قصاص فيه لأنه متلف. وقال أشهب: يسأل عنه أهل المعرفة وعن الضلع فإن كانا غير مخوفين اقتص فيهما. قال أشهب: قال مالك: وفي إحدى قصبتي اليد القصاص إن استطيع ذلك. وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة: فيه القصاص. قال أشهب في الكتابين: وكذلك إذا كسرتا جميعاً. قال ابن المواز: واجتمعا أنه لا قصاص في عظام العنق والفخذ والصلب وشبه ذلك من المتالف في العظام وفيه العقل بقدر الشين إلا الصلب ففيه الدية، ولا شيء في شينه إلا أن يكون انحنى وهو مع ذلك يقوم ففيه من الدية بحساب ذلك. وفي كسر الفخذ حكومة بقدر الشين، وقد يبلغ ذلك أكثر من الدية إلا أن يكون أشل رجله فلا يقدر أن يمشي بها على الأرض ففيه دية الرجل كاملة أو يشبه بما ينقص مشيه فله من الدية بقدر ما نقص منها. وقال ابن القاسم عن مالك: وفي الظفر القصاص إن استطيع منه القود. ابن المواز: اختلف فيه قول مالك وهذا أحب إلينا. قال ابن عبدوس: ينبغي أن يكون الظفر كسن الصبي لأنه ينبت انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو برىء العظم الخطر على غير عثم فكالخطأ فلا شيء فيه سوى الأدب في العمد بخلاف العمد في غيره فإنه يقاد منه، وإن برىء على غير عثم انتهى. قال في التوضيح: يعني أن ما لا قصاص فيه لخطره لو برىء على غير عيب فلا شيء فيه، أما القصاص فلأنها مخوفة، وأما العوض فلأن الشرع لم يسم، نعم يؤدب القاضي المتعمد انتهى.

فائدة: قال عياض: العثم والعثل بالميم واللام معاً والعين المهملة المفتوحة والثاء المثلثة مفتوحة مع اللام وساكنة مع الميم وكلاهما بمعنى وهو الأثر والشين. انتهى من التنبيهات. وقال أبو الحسن: الضلع بالضاد المعجمة مكسورة وفتح اللام، والترقوة بفتح التاء وضم القاف غير مهموز أعلى الصدر المتصل بالعنق، والزند بفتح الزاي وبالنون. انتهى. ص: **(وإن ذهب كبصر بجرح اقتص منه فإن حصل أو زاد وإلا فدية ما لم يذهب)** ش: أي وإن جرح شخص شخصاً جرح فيه القصاص وذهب بسبب ذلك الجرح شيء آخر كبصر أو سمع أو شم أو ذوق أو عقل، اقتص من الجاني لذلك الجرح. فإن حصل فيه مثل ما حصل في المجني عليه من ذهاب العقل أو السمع أو البصر أو غير ذلك أو زاد فقد حصل المطلوب، فإن لم يحصل فيه

في رضهما لأنه متلف **(وإن ذهب كبصر بجرح اقتص منه فإن حصل أو زاد وإلا فدية ما لم**

وَإِنْ ذَهَبَ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ، فَإِنْ اسْتُطِيعَ كَذَلِكَ، وَإِلاَّ فَالْعَقْلُ: كَأَنْ شُلَّتْ يَدُهُ بِضَرْبَةٍ، وَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ قَاطِعٍ بِسَمَاوِيٍّ، أَوْ سَرِقَةٍ، أَوْ قِصَاصٍ لِغَيْرِهِ، فَلاَ شَيْءَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَطَعَ أَقْطَعُ الْكَفِّ مِنَ الْمِرْفَقِ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ القِصَاصُ، أَوْ الدِّيَةُ: كَمَقْطُوعِ الحَشَفَةِ، وَتُقْطَعُ اليَدُ النَّاقِصَةُ إِصْبَعاً بِالكَامِلَةِ بِلاَ غُرْمٍ، وَخُيِّرَ إِنْ نَقَصَتْ أَكْثَرَ فِيهِ، وَفِي الدِّيَةِ،

مثل ما حصل في المجني عليه فإنه يكون على الجاني دية ذلك، ولم يبن المصنف هل الدية في ماله أو على عاقلته. وفي ذلك قولان ذكرهما ابن الحاجب وغيره. فمذهب ابن القاسم أن الدية في ماله. وقال أشهب: على عاقلته. ص: **(وإن ذهب والعين قائمة فإن استطيع كذلك وإلا فالعقل كأن شلت يده بضربة)** ش: يعني فإن استطيع أن يقتص منه وعينه قائمة فعل.

يذهب وإن ذهب والعين قائمة فإن استطيع كذلك وإلا فالعقل كأن شلت يده بضربة) ابن الحاجب: إن ذهب كسمع وبصر بسراية ما فيه القصاص كموضحة اقتص له منها، فإن ذهب منه استوفى وإلا فعليه دية ما لم يذهب. قال ابن القاسم في ماله. ومن المدونة: إن أوضحه موضحة عمداً فذهب بها سمعه أقيد من الموضحة بعد البرء، فإن برىء الجاني ولم يذهب سمعه وعقله بذلك كان في ماله ديتان: دية سمع ودية عقل. وقد يجتمع في ضربة واحدة قود وعقل، ومن المدونة أيضاً: إن انخسفت العين أو ابيضت أو ذهب بصرها وهي قائمة خطأ ففيها الدية، وإن كان عمداً فخسفها خسفت عينه، وإن لم تخسف وبقيت قائمة وذهب بصرها فإن استطيع القود أقيد منه وإلا فالعقل. ومن ضرب يد رجل فشلت ضرب الضارب كما ضرب فإن شلت يده وإلا فعقلها في ماله. ابن يونس: وقال أشهب: هذا إن كانت الضربة بجرح فيه القود، ولو ضربه على رأسه بعصاً فشلت يده فلا قود وعليه دية اليد. ابن عرفة: الأظهر أنه تقييد **(ولو قطعت يد قاطع بسماوي أو سرقة أو قصاص أو غيره فلا شيء للمجني عليه)** من المدوّنة: إن ذهبت يمين من قطع يمين رجل بأمر من الله أو بقطع سرقة أو قصاص فلا شيء للمقطوع من يمينه. ولو فقأ عين جماعة اليمنى وقتاً بعد وقت ثم قاموا فلتفقأ عينه لجميعهم، وكذا اليد والرجل، ومن قتل رجلاً عمداً ثم رجلاً آخر، قتل ولا شيء عليه لهم. وقد تقدم أن للمقطوعة يده أن يقتص من قاطع قاطعه في العمد ويأخذ منه الدية في الخطأ **(وإن قطع أقطع الكف من المرفق فللمجني عليه القصاص أو الدية)** من المدونة: إن قطع أقطع الكف اليمنى يمين رجل صحيح من المرفق، فللمجني عليه العقل أو قطع الذراع الناقصة من المرفق **(كمقطوع الحشفة)** ابن الحاجب: الذكر المقطوع الحشفة كالأقطع الكف. ابن عرفة: هذا تشبيه صحيح **(وتقطع اليد الناقصة أصبعاً بالكاملة بلا غرم)** من المدونة: من سرق وقد ذهب من يمين يده أصبع قطعت يمينه كما لو قطع يمين رجل وإبهام يده مقطوعة أن يده تقطع. ابن رشد: إن لم ينقطع من أصابع الجاني إلا أصبع واحدة فليس للمجني عليه إلا القود ولا يغرمه عقل أصبعه الناقصة لم يختلف فيه قول ابن القاسم **(وخير إن نقصت أكثر فيه وفي الدية)** ابن شاس: إن نقصت يد الجاني أكثر من أصبع فقال مالك وابن القاسم: المجني عليه بالخيار في أن يأخذ العقل تاماً أو يقتص. وقال ابن رشد عن هذا: إنه

وَإِنْ نَقَصَتْ يَدُ الـمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَالْقَوَدُ: وَلَوْ إِبْهَاماً لاَ أَكْثَرَ، وَلاَ يَجُوزُ بكوعٍ لِذِي مِرْفَقٍ، وَإِنْ رَضِيَا، وَتُؤْخَذُ العَيْنُ السَّلِيمَةُ بِالضَّعِيفَةِ خَلْقَةً أَوْ لِكِبَرٍ، وَلِجُدْرِيٍّ أَوْ لِكَرَمْيَةٍ فَالْقَوَدُ، إِنْ تَعَمَّدَ، وَإِلاَّ فَبِحِسَابِهِ وَإِنْ فَقَأَ سَالِمٌ عَيْنَ أَعْوَرَ: فَلَهُ القَوَدُ، وَأَخْذُ الدِّيَةِ كَامِلَةً مِنْ مَالِهِ، وَإِنْ فَقَأَ أَعْوَرُ مِنْ سَالِمٍ مُمَاثِلَتَهُ. فَلَهُ الْقِصَاصُ أَوْ دِيَةُ مَا تَرَكَ

قال في مختصر الوقار: فإذا ضربت العين فأقيمت وذهب بصرها وبقي جمالها ففيها عقلها خمسمائة ولا قود فيها وإن أتى ذلك منهما عمداً لأنه لا يصل إلى القود إلا بذلك. وكذلك

مذهب المدونة **(وإن نقصت يد المجني عليه فالقود ولو إبهاماً)** ابن رشد: رواية ابن القاسم في المدونة وسماع يحيى لو كان نقص الأصبع من يد المجني عليه استحق القود دون غرم عليه. ابن شاس: إن كانت يد المجني عليه هي الناقصة، فإن كان النقص أصبعاً واحداً ولو إبهاماً فقال مالك وابن القاسم: يقتص كانت الإبهام أو غيرها. انظر قبل هذا عند قوله «وتقطع اليد الناقصة» **(لا أكثر)** ابن راشد: إن كانت يد المجني عليه ناقصة أصبعين فأكثر، فلا قود على الجاني إنما له عقل أصابعه إلا أن لا يبقى له إلا أصبع واحدة فقيل: يكون له مع عقلها حكومة في الكف وهو قول المدونة **(ولا يجوز بكوع لذي مرفق وإن رضيا)** ابن الحاجب: لو قطع من المرفق لم يجز من الكوع ولو رضيا. ابن عرفة: قال هذا الأخوان وأصبغ وقبله الشيخ وغيره وفيه نظر من وجهين: الأول الدليل العام وهو الإجماع على وجوب ارتكاب أخف الضررين، وبدليل من ذهبت بعض كفه بريشة فخاف على ما بقي منها فقيل له قطع يدك من المفصل. قال ابن رشد: إذا لم يخف إذا لم يقطع يده من المفصل إلا على ما بقي منها لم يجز قطعها من المفصل. وانظر أيضاً مما يرشح مأخذ الإمام ابن عرفة إن عفا المجروح عن نصف الجرح. والمجموعة والعتبية عن سحنون: إن أمكن القود من نصفه أقيد منه **(وتؤخذ العين السالمة بالضعيفة خلقة أو من كبر)** قال ابن شاس: أما العين الضعيفة فتؤخذ بها العين السليمة إذا كان الضعف من أصل الخلقة أو من كبر **(وكجدري أو لكرمية فالقود إن تعمده وإلا فبحسابه)** انظر بعد هذا عند قوله «وكذا المجني عليها». ابن شاس: وأما إن كان الضعف من جدري أو رمية أو قدحة، سواء أخذ صاحبها لها عقلاً أم لا، فلا قود فيها انتهى. وسيأتي عند قوله «وكذا المجني عليها» أن ضعف العين إن كان بجناية خطأ أخذ فيها عقلاً ثم أصيبت بعد ذلك خطأ أنه يأخذ على حساب ما بقي، وإن أصيبت عمداً ففيها القصاص. وعبارة ابن الحاجب: وتؤخذ العين السليمة بالضعيفة خلقة أو من كبر، فإن كان من جدري أو رمية أو شبهها فلا قود. وقال ابن القاسم: أو كان ينظر بها ثم أصيب عمداً فالقصاص بخلاف الخطأ **(وإن فقأ سالم العين أعور فله القود أو أخذ دية كاملة من ماله وإن فقأ أعور من سالم مماثلته فله القصاص أو دية ما ترك)** قال ابن الحاجب: لو فقأ صحيح العين عين الأعور فقال مالك: إن شاء اقتص وإن شاء أخذ ديتها ألف دينار. ولو فقأ الأعور من ذي عينين التي مثلها، فإن شاء اقتص وإن شاء أخذ ألف دينار دية ما ترك إليه رجع. وعبارة المدونة قال مالك: إن فقأ الأعور عين الصحيح التي مثلها باقية للأعور، فله أن يقتص وإن أحب فله دية عينه ثم

وَ غَيْرَهَا فَنِصْفُ دِيَةٍ فَقَطْ فِي مَالِهِ، وَإِنْ فَقَأَ عَيْنِي السَّالِمِ. فَالْقَوَدُ وَنِصفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ قُلِعَتْ سِنٌّ فَثَبَتَتْ: فَالْقَوَدُ، وَفِي الْخَطَإِ: كَالْخَطَإِ، وَالاسْتِيفَاءُ لِلْعَاصِبِ كَالْوَلاَءِ، إلاَّ الجَدَّ وَالإِخْوَةَ فَسِيَّان،

اليد إذا شلت ولم تبن، وكذلك اللسان إذا خرس ولم يقطع. هذه سبيل كل ما ذهبت منفعته ولم يبن عن جسمان المجني عليه وبقي جماله، وإن كان معيناً ففيه عقله كاملاً ولا قود فيه، أو إن كان عمداً ويؤدب الجاني مع أخذ العقل منه. وإذا ضرب رجل عين رجل فأدمعها أو ضرب سنه فحركها أو ضرب يده فأوهنها، استؤنى بجميع ذلك سنة، فما آل إليه أمر العين والسن واليد بعد السنة حكم بذلك للمجني عليه بعد السنة. انتهى ص: **(والاستيفاء للعاصب) ش:** قال اللخمي: إذا اجتمع في القيام بالدم نسب وولاء كان النسب المبدأ في القيام والعفو، وإن لم يكن ذو نسب فالمولى الأعلى، فإن لم يكن مولى أعلا فالسلطان، ولا شيء للمولى الأسفل انتهى. وقال قبله: وإن لم يكن إلا رجل من الفخذ أو القبيل ولا يعرف قعدده من الميت ولا من يكون له ميراثه لم يكن له قيام بالدم. انتهى. وقال ابن سلمون: فإن لم يكن أولياء فهل للسلطان ما للأولياء من العفو أو القصاص؟ قال ابن الحاج في مسائله: الذي يقتضيه الواجب أنه لا نظر للسلطان في العفو عنه، وكذلك ظهر لابن رشد. انظرها في سماع يحيى من الديات انتهى. والذي في سماع يحيى في المسلم يقتل المسلم عمداً ولا ولي له إلا المسلمون: إنه لا ينبغي للإمام أن يهدر دم المسلم ولكن يستقيد منه، فإن قتل نصراني نصرانياً ثم أسلم القاتل والولي للمقتول المسلمون فإن العفو في مثل هذا أحب إلي، وانظرها في أول سماع يحيى من الديات، وانظر بقية كلام ابن رشد عليها وتقدم شيء من هذا عن المجموعة عند قول المصنف «حين القتل».

رجع. فقال: إن أحب أن يقتص اقتص وإن أحب فله دية عين الأعور ألف دينار وهذا أعجب إلي **(وغيرها فنصف دية فقط في ماله)** ابن شاس: إن فقأ صاحب العين الواحدة عين الصحيح المعدومة، فليس عليه إلا خمسمائة دينار. وعبارة ابن الحاجب: لو فقأ التي لا مثل لها فنصف دية فقط له في ماله **(وإن فقأ عيني السالم فالقود ونصف الدية)** ابن الحاجب: لو فقأ الأعور عيني الصحيح فالقود ونصف الدية **(وإن قلعت سن فثبتت فالقود وفي الخطأ دية الخطأ)** من المدونة: من طرحت سنه عمداً فردها فثبتت فله القود فيها، والإذن كذلك. ولو رد السن في الخطأ فثبتت كان له العقل. قال المتيطي: هذا قول مالك وابن القاسم. وقال أشهب والمغيرة: إن كان عمداً فالقود، وإن كان خطأ فلا عقل ويعقد في ذلك أشهد القاضي أبو فلان ثم مضى في العقد إلى أن قال: فشاوروا من وجبت مشورته فقالوا: لا عقل في هذا وهو أخير القولين فأخذ القاضي بذلك **(والاستيفاء للعاصب)** ابن شاس: الفن الثاني في حكم القصاص الواجب وفيه بابان: الأول في الاستيفاء وفيه ثلاثة فصول: فيمن له ولاية الاستيفاء، وفي تأخير القصاص وفي كيفية المماثلة. الباب الثاني في العفو. قال ابن الحاجب: ولاية الاستيفاء لأقرب الورثة العصبة الذكور **(كالولاء إلا الجد والإخوة فسيان)** ابن عرفة: الأحق

وَيَحْلِفُ الثُّلُثَ، وَهَلْ إِلاَّ فِي الْعَمْدِ، فَكَأَخٍ؟ تَأْوِيلاَنِ، وَانْتُظِرَ غَائِبٌ لَمْ تَبْعُدْ غَيْبَتُهُ،

فرع: قال في مختصر الوقار: وإذا أقر رجل أنه قتل عمداً ولم يعرف المقتول ولم يوجد له أولياء يقومون بدمه، سجنه الحاكم ولم يقتله فلعل له ولياً يعفو عن دمه. انتهى وانظر ابن سلمون ص: **(وانتظر غائب لم تبعد غيبته)** ش: يعني أنه إذا كان للمقتول وليان أحدهما غائب والآخر حاضر، فليس للحاضر أن يستبد بالقتل قبل أن يعلم رأي الغائب إلا أن يكون الغائب بعيد الغيبة فإنه لا ينتظر. وظاهر المدونة أن الغائب ينتظر وإن بعدت غيبته. قال في كتاب الديات من المدونة: وإذا كان القتل بغير قسامة وللمقتول وليان أحدهما حاضر والآخر غائب، فإنما للحاضر أن يعفو فيجوز العفو على الغائب وتكون له حصته من الدية فليس له أن يقتل حتى يحضر الغائب، فحملها ابن رشد على ظاهرها كما ذكره في سماع يحيى من كتاب الديات، وكذلك ذكر ابن عرفة عن تعليقه أبي عمران عن ابن أبي زيد أن ظاهر المدونة ينتظر وإن بعدت غيبته. وقيد ابن يونس المدونة بما إذا لم تبعد غيبته. قال: قال سحنون فيمن بعد جداً أو أيس منه كالأسير ونحوه. قال ابن عرفة في النوادر عن المجموعة: قال ابن القاسم: ينتظر الغائب إلاّ أن يكون بعيد الغيبة فلمن حضر القتل. ثم ذكر كلام سحنون قال ابن عرفة: فحذف الصقلي قول ابن القاسم قصور انتهى. فعلم من كلام ابن عرفة أن ابن القاسم لم يقيد الغيبة بالبعد جداً، ويفهم منه أن كلام سحنون خلاف قول ابن القاسم فذلك لم يقيد المصنف الغيبة بالبعد جداً كقول سحنون وكما هو ظاهر كلام ابن الحاجب. وعلم من كلام المصنف أنه لم ترتض حمل المدونة على ظاهرها كما قال ابن رشد. وقال في الشامل: وفيها انتظار الغائب إن قربت غيبته وهو الأصح أو مطلقاً تأويلان، وكتب إليه إن أمكن فإن أيس منه لم ينتظر كأسير وشبهه انتهى.

بالدم حصله ابن رشد بأنه ذو تعصيب كالأخصية في ولاية النكاح والجنائز والولاء عند ابن القاسم إلا أنه جعل الجد كالإخوة **(ويحلف الثلث وهل إلا في العمد فكأخ تأويلان)** انظر هذين التأولين هل هما على غير المدونة من النكت اعلم أنه إذا كان جد وعشرة إخوة ففي الخطأ يحلف الجد من أيمان القسامة ثلثها لأن ميراثه الثلث لا ينقص منه في كثرة الإخوة، وأما في العمد فيحلفون كلهم بالسواء، ولا يحلف الجد ثلث الأيمان فاعلم أن العمد والخطأ مفترق في ذلك هكذا. قال بعض شيوخ بلدنا: وحكى ابن المواز عن ابن القاسم خلاف هذا. وقال ابن رشد: إن كان الأولياء إخوة وجداً فإن ابن القاسم قال: إن الجد كالأخ من الإخوة في العفو من عفا منهم جاز عفوه الجد كان أو أخاً من الإخوة. وقال: إن الجد يحلف ثلث الأيمان في العمد والخطأ. فأما في الخطأ فصواب، وأما في العمد فكان القياس على مذهبه أن تقسم الأيمان بينهم على عددهم إذ أنزله بمنزلة أخ من الإخوة **(وانتظر غائب لم تبعد غيبته)** من المدونة: إن غاب أحد الوليين والقتل بغير قسامة فإنما للحاضر العفو ويكون

وَمَغْمًى، وَمُبَرْسَمٌ لاَ مُطْبَقٌ وَصَغِيرٌ لَمْ يَتَوَقَّفِ الثُّبُوتُ عَلَيْهِ، وَلِلنِّسَاءِ إِنْ وَرِثْنَ

تنبيهات: الأول: إذا قلنا ينتظر فإن القاتل يحبس، قال في المدونة إثر الكلام السابق: ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب ولا يكفل إذ لا كفالة في النفس ولا فيما دون النفس من القصاص انتهى.

الثاني: ظاهر كلام ابن عرفة والبرزلي أن مثل هذا يحبس ويقيد بالحديد. انظر كلامهما.

الثالث: هذا ظاهر إذا كان للقاتل مال يأكل منه أو أجرى له من بيت المال ما يأكل منه أو التزم ذلك أحد، إذا لم يكن له شيء من ذلك فانظر كيف يعمل فيه، هل يطلق من السجن وهو الظاهر إذ يبعد أن يقول أحد أنه يخلد في السجن حتى يموت جوعاً فتأمله.

الرابع: هذا الخلاف الذي ذكرناه في انتظار الغائب البعيد الغيبة إنما هو حيث تتعدد أولياء الدم وكان بعضهم حاضراً، وأما إن لم يكن إلا ولي واحد وهو غائب أو غاب جميع الأولياء، فالظاهر أنهم ينتظرون مطلقاً ولو بعدت غيبتهم، ويشهد لذلك الفرع المنقول عن مختصر الوقار في القولة التي قبل هذه لكن مع وجود النفقة على القاتل هذا الذي ظهر لي، ولم أر في المسألة المذكورة نصاً بعد البحث عليها في المدونة وأبي الحسن والرجراجي والنوادر والبيان والتوضيح وابن عبد السلام والشامل وبهرام الكبير والمقدمات والذخيرة وغيرها والله أعلم ص: **(لا مطبق وصغير)** ش: قال ابن عرفة: وفيها إن كان أحد الوليين مجنوناً مطبقاً فللآخر أن يقتل، وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر. وإن كان في الأولياء مغمى عليه أو

للغائب حظه من الدية، ولا قتل للحاضر حتى يحضر الغائب، ويسجن القاتل حتى يقدم الغائب ويكتب له، ولا يكفل القاتل إذ لا كفالة في الحدود والقصاص. ابن يونس: إلا البعيد الغيبة فلمن حضر القتل. **(لا مطبق)** من المدونة: إن كان أحد الوليين مجنوناً أو مطبقاً فللآخر أن يقتل، وإن كان في الأولياء مغمى عليه أو مبرسم انتظر إفاقته لأن هذا مرض **(وصغير لم يتوقف الثبوت عليه)** من المدونة: إن كان أولاد المقتول صغاراً وكباراً. فإن كان الكبار اثنين فصاعداً فلهم أن يقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغار، وإن عفا بعضهم فللباقين منهم وللأصاغر حظهم من الدية لم يكن إلا ولد صغير وكبير فإن وجد الكبير رجلاً من ولاة الدم يحلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يميناً، ثم للكبير أن يقتل. وإن لم يجد من يحلف معه حلف خمساً وعشرين يميناً واستؤني بالصغار، فإذا بلغ حلف أيضاً خمساً وعشرين يميناً ثم استحق الدم. وإن كان القتل بغير قسامة وللمقتول وليان أحدهما مجنون مطبق، فالآخر أن يقتل وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر **(وللنساء إن ورثن)** اللخمي: معروف قول مالك أن للنساء حقاً في الدم. ابن رشد: أما من يرثه منهن كالأخوات والأمهات فلهن حق فيه، وأما من لا يرث منهن كالعمات وبنات الإخوة فلا حق لهن فيه انتهى. انظر الجدات لا مدخل لهن في عفو ولا قصاص. انظر أيضاً الزوجات فإنهن أيضاً لا مدخل لهن في الدم بحال، وكذلك الزوج، وانظر قول خليل «إن ورثن» وقول ابن رشد «أما من يرث

وَلَمْ يُسَاوِهِنَّ عَاصِبٌ وَلِكُلٍّ القَتْلُ، وَلاَ عَفْوَ إِلاَّ بِاجْتِمَاعِهِمْ: كَأَنْ حُزْنَ الْمِيرَاث وَثَبَتَ بِقَسَامَةٍ وَالْوَارِثُ كَمُورِّثِهِ، وَلِلصَّغِيرِ إِنْ عُفِي، نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ،

مبرسم انتظر إفاقته لأن هذا مرض. ابن رشد: القياس قول من قال ينتظر. وأفتى فيمن له بنون صغار أو عصبة كبار بانتظار الصغار قائلاً: إذ هم أحق بالقيام بالدم فسئل عن فتياه بخلاف الرواية المأثورة في ذلك فقال: خفي عن السائل معنى ذلك فظن أنه لا يسوغ للمفتي العدول عن الرواية وليس كذلك. بل لا يسوغ للمفتي تقليد الرواية إلا بعد علمه بصحتها لا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم وهذه الرواية مخالفة للأصول. واستدل على مخالفتها بما حاصله وجوب اعتبار حق الصغير وتأخيره لبلوغه كحق له بشاهد واحد وبأن له جبر القاتل على الدية على قول أشهب وأحد قولي ابن القاسم ورواية الأخوين. ابن عرفة: ولا يخفى ضعف هذا ولا يعتبر هذا في زماننا إنما ساغ ذلك لابن رشد لعلو طبقته. وقال بعض من عاصره: ليس العمل على هذا إذ هو خلاف قول ابن القاسم. وفي طرة بعض نوازله ما نصه: ليس العمل على هذا إذ هو خلاف ابن القاسم. وقال ابن الحاجب: إنه أفتى بذلك من غير رواية ولا حجة. فإن قلت ما هي الرواية المأثورة في ذلك؟

كالبنات» **(ولم يساوهن عاصب)** محمد: إن استووا كالبنين والبنات والإخوة مع الأخوات فلا قول للإناث مع الذكور **(ولكل القتل ولا عفو إلا باجتماعهم)** انظر هل يعني بهذا العصبة مع من يرث من النساء. أما البنات مع العصبة فقال ابن رشد: إن كان الأولياء بنات وإخوة فثالث الأقوال مذهب المدونة أن الأحق بالقود من قام به ولا عفو إلا باجتماعهم، وسواء ثبت الدم بغير قسامة أو بقسامة. وأما الأخوات مع العصبة فنص ابن رشد: أن حكمهم أيضاً كحكم البنات مع الإخوة فقال ابن عرفة: ويريد باجتماعهم اجتماع بعض الصنفين لقول المدونة: إن عفا بعض البنات وبعض العصبة أو بعض الأخوات وبعض العصبة، فلا سبيل للقتل ويقضى لمن بقي بالدية. وأما الأم مع العصبة فقد نص الجلاب أن حكمها حكم البنات مع العصبة قال: وفي ذلك ثلاث روايات **(كأن حزن الميراث وثبت بقسامة)** ابن رشد: إن كان مع البنات والأخوات عصبة وثبت الدم ببينة، فالعصبة لغو. وإن ثبت بقسامة فقد ذهب ابن القاسم في المدونة إلى أن من قام بالقود من امرأة أو رجل فهو أحق. وانظر حكم الأم مع الأخوات أو البنات فقال اللخمي: اتفق ابن القاسم وأشهب على تقديم الأم على الأخوات، واختلف في الأم مع البنات، وروى ابن القاسم: لا تسقط الأم إلا مع الأب والولد الذكر فقط، فعليه لا يصح عفو إلا باجتماعهما مع البنات انتهى. وانظر الأب مع البنات ثالث الأقوال قول وقف عفوه على موافقتهن. وانظر حكم الأخ للأب مع الشقيقة. نص في المدونة أنه مثل الأخت مع العاصب. ابن عرفة: وقولهم «الأحق بالدم كالولاء» يقتضي تقديم الشقيق على الأخ للأب **(والوارث كمورثـه)** ابن عرفة: وارث مستحق الدم مثله في القتل والعفو **(وللصغير إن عفا كبير نصيبه من الدية)** ابن عرفة: لو كان في الأولياء صغير لا ولي له ففي المدونة للأولياء الاستقلال بالقتل دون

وَلِوَلِيِّهِ النَّظَرُ فِي القَتْلِ، والدِّيَةِ كَامِلَةً. كَقَطْعِ يَدِهِ إِلاَّ لِعُسْرٍ فَيَجُوزُ بِأَقَلَّ: بِخِلاَفِ قَتْلِهِ فَلِعَاصِبِهِ، وَالأَحَبُّ أَخْذُ المَالِ فِي عَبْدِهِ،

قلت: في الموازية والمجموعة روى ابن وهب وأشهب في قتيل له بنون صغار وعصبة فللعصبة القتل ولا ينتظر بلوغ الصغار. قال عنه ابن وهب: ولهم العفو على الدية وتكون بينهم. قال عنه أشهب: وينظر للصغار وليهم في القود والعفو على مال، وله أن يقسم إن وجد معه من العصبة من يقسم معه، وإن لم يكن في قرية، ثم يكون لهذا الذي هو أولى بالصبي القتل أو العفو على الدية انتهى. وانظر عزوه الرواية للموازية والمجموعة وقد قال في كتاب الديات من المدونة: وإذا كان للمقتول عمداً ولد صغير وعصبة فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا ويجوز ذلك على الصغير. وقال قبل هذا في ترجمة من تجوز شهادته في قتل الخطأ: وإذا كان للمقتول أولاد صغار والقتل بقسامة فلأولياء المقتول تعجيل القتل، ولا ينتظر أن يكبر ولده الصغار فيبطل الدم، وإن عفوا لم يجز عفوهم إلا على الدية لا على أقل منها. وإن كان أولاد المقتول كباراً وصغاراً، فإن كان الكبار اثنين فصاعداً فلهم أن يقسموا ويقتلوا، ولا ينتظر بلوغ الصغار، وإن عفا بعضهم فللباقين الأصاغر حظهم من الدية، وإن لم يكن له إلا ولد كبير وصغير فإن وجد الكبير رجلاً من ولاة الدم حلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يميناً. ثم للكبير أن يقتل وإن لم يجد من يحلف معه حلف خمساً وعشرين يميناً واستؤني الصغير، فإذا بلغ حلف أيضاً خمساً وعشرين يميناً ثم استحق الدم، وإن كان القتل بغير قسامة وللمقتول ولدان أحدهما حاضر والآخر غائب، فإنما للحاضر أن يعفو أو يجوز على الغائب ويكون له حصة من الدية، وليس له أن يقتل حتى يحضر الغائب، ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب ولا يكفل إذ لا كفالة في النفس ولا فيما دون النفس من القصاص، وإن كان للمقتول أولياء كبار وصغار فللكبار أن يقتلوا ولا ينتظر الصغار، وليس الصغير كالغائب يكتب

الصغير. ابن الحاجب: فلو عفوا فللصغير نصيبه من دية عمد **(ولوليه النظر في القتل أو الدية كاملة)** من المدونة: من وجب لابنه الصغير دم عمداً وخطأ لم يجز له العفو إلا على الدية لا أقل منها **(كقطع يده)** ابن الحاجب: إذا قطعت يد الصبي عمداً فللأب أو الوصي النظر لا لغيرهما **(إلا لعسر فيجوز بأقل)** سمع أبو زيد ابن القاسم إن لم يترك القتيل إلا ولداً صغيراً ولا ولي له إلا السلطان أقام له ولياً يكون كالوصي، والولي ينظر له بالقتل والعفو على الدية لا على أقل منها إن كان ملياً بها، وإن عجز عنها جاز على ما يرى على وجه النظر، فإن صالح بأقل منها والقاتل مليء لم يجز ورجع على القاتل ولا يرجع القاتل على الولي بشيء **(بخلاف قتله فلعاصبه)** من المدونة: إن جرح الصبي عمداً وله وصي فللوصي أن يقتص له، وإن قتل فولاته أحق به من الوصي **(ولا أحب أخذ المال في عبده)** من المدونة: إن قتل للصغير عبد عمداً فأحب أن يختار أبوه أو وصيه أخذ المال إذ لا نفع له في القود. انظر في هذا الموضع من ابن عرفة إذا عفا المحجور عن جرحه أو عن شتمه أو نال من بدنه كما لو عفا

وَيَقْتَصُّ مَنْ يَعْرِفُ بِأُجْرَةِ الْمُسْتَحِقِّ، وَلِلْحَاكِمِ رَدُّ الْقَتْلِ فَقَطْ لِلْوَلِيِّ، وَنَهَى عَنِ الْعَبَثِ، وَأُخِّرَ لِبَرْدٍ، أَوْ حَرٍّ. كَالْبرد. كَدِيَتِهِ خَطَأً، وَلَوْ كَجَائِفَةٍ،

إليه فيصنع في نصيبه ما أحب والصغير يطول انتظاره فيبطل الدم. وإن كان أحد الوليين مجنوناً مطبقاً فللآخر أن يقتل، وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر قال: وإن كان بعض الأولياء مغمى عليه أو مبرسماً فإنه ينتظر إفاقته لأن هذا مرض من الأمراض اهـ. ثم قال بعد ذلك ما هو أصرح في المسألة: وإذا كان المقتول عمداً ولد صغير وعصبة فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا، ويجوز ذلك على الصغير وليس لهم أن يعفوا على غير مال انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: «فيبطل الدم» إما بأن يموت القاتل حتف أنفه أو يهرب من السجن اهـ. ص: **(ويقتص من يعرف بأجرة من المستحق)** ش: يعني أن المجروح إذا وجب له القصاص فإنه لا يترك أن يقتص لنفسه ولكن يدعي له أهل المعرفة بالقصاص فيقتصون له، وتكون أجرة الذي يقتص على

عن قاتله عمداً أو خطأ وهل ذلك كإيصائه؟ **(ويقتص من يعرف)** من المدونة: لا يمكن ذو القود في الجراح من القصاص بل يقتص له من يعرف القصاص، وأما في القتل فيدفع للولي يقتله وينهى عن العبث **(بأجر من المستحق)** سمع ابن القاسم: أجر القصاص على المقتص له **(وللحاكم رد القتل فقط للولي وينهى عن العبث)** هذا نص المدونة وقد تقدم. وقال ابن شاس: لا ينبغي للمستحق أن يستقل بالاستيفاء دون الرفع إلى السلطان فإن فعل عزر ووقع الموقع **(وأخر لبرد وحر كالبرد)** انظر هذا الإطلاق. قال ابن شاس: يؤخر القصاص فيما دون القتال للحر المفرط والبرد المفرط ومرض الجاني. قال عبد الوهاب: إذا وضعت الحامل التي وجب عليها الحد إن كان حدها الرجم لم تؤخر، وإن كان حدها الجلد لم تحد حتى تخرج من نفاسها لأن من حده الجلد فلا يحد في وقت يخشى عليه التلف. ومن المدونة: من سرق في شدة البرد فخيف موته من قطعه أخره الإمام. ابن القاسم: الحر إن علم خوفه كالبرد. وفي النوادر: المرض المخوف لا يقطع فيه ولا يحد ولا ينكل فيه. وقال اللخمي: إذا وجب الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه الموت سقط عنه الحد ويعاقب ويسجن، وإن كان القطع عن قصاص رجع للدية وفي كونها على العاقلة أو على الجاني خلاف. ابن رشد عن سحنون: ليس لمن خاف على نفسه من الختان تركه. ألا ترى أن من وجب قطع يده لا يترك لذلك **(كديته خطأ ولو لجائفة)** من المدونة: يؤخر المقطوع الحشفة حتى يبرأ لأن مالكاً قال: لا يقاد من جرح العمد ولا يعقل في الخطأ إلا بعد البرء. وإن طلب المقطوع الحشفة تعجيل فرض الدية إذ لا بد منها ولو عاش لم يكن له ذلك لعل أنثييه أو غيرهما تذهب في ذلك، وكذلك إن أوضحه رجل فأراد تعجيل دية الموضحة فلا يعجل له شيء إذ لعله يموت فتكون القسامة فيه، وكذلك إن ضربه مأمومة خطأ فالعاقلة تحملها مات أو عاش لكن لا يعجل له شيء حتى يبرأ، لأن من مات منها لم تجب الدية إلا بقسامة، فإن أبى ورثته أن يقسموا كان على العاقلة نصف الدية لمأمومته، وإنما في هذا الاتباع والتسليم للعلماء. وقال أشهب: ما بلغ ثلث الدية من الخطأ لم يكن بد من عقله كالجائفة والمأمومة فقد وجبت ساعة

وَالْحَامِلُ. وَإِنْ بِجُرْحٍ مُخِيفٍ: لاَ بِدَعْوَاهَا، وَحُبِسَتْ. كَالْحَدِّ، وَالْمُرْضِعُ لِوُجُودِ مُرْضِعٍ، وَالْمُوَالاَةُ فِي الأَطْرَافِ؛ كَحَدَّيْنِ لِلَّهِ لَمْ يُقْدَرْ عَلَيْهِمَا، وَبُدِئَ بِأَشَدَّ لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ. لاَ بِدُخُولِ الْحَرَمِ، وَسَقَطَ إِنْ عَفَا رَجُلٌ. كَالْبَاقِي

المستحق للقصاص. قاله مالك وابن القاسم وأشهب. قاله في النوادر قال: ويدعي له أرفق من يقدر عليه من أهل البصر فيقتص بأرفق ما يقدر عليه. قال مالك: وأحب إلي أن يولي الإمام على الجراح رجلين عدلين ينظران ذلك ويقيسانه. قال: وإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلاً. فإن كانت موضحة شرط في رأسه مثلها، وإن كانت سناً مقلوعة من أصلها نزعت من الجاني بالكلبتين أو بأرفق ما يقدر عليه، وإن كسر أشرافها أو بعضها شحل بمقدار ذلك منها. قيل لمالك: أتجعل الموسى بيد المجروح ثم يشد الطبيب على يده حتى يبلغ ذلك؟ قال: لا أعرف هذا اهـ.

جرح على العاقلة لا محيص لهم منها عادت نفساً أو برئت **(والحامل وإن بجرح خفيف لا بدعواها وحبست كالحد والمرضع لوجود مرضع)** ابن الحاجب: تؤخر الحامل في النفس لا بدعواها. وقيل: في الجراح المخوفة. ويؤخر المرضع إلى أن يوجد من يرضع. وفي الموازية: تؤخر الحامل في قتل النفس لوضع الحمل عند ظهور مخايله ولا يكفي مجرد دعواها. قال محمد: وفي القصاص. الشيخ: يريد في الجراح المخوفة ولا تؤخر بعد الوضع إلا أن لا يوجد من يرضعه وتحبس الحامل في الحد والقصاص. ولو بادر الولي بقتلها فلا غرة للجنين إلا أن يزايلها قبل موتها، فتجب فيه الغرة إلا أن يستهل صارخاً. انظر بعد هذا عند قوله «وتؤخر المتزوجة لحيضة» **(والموالاة في الأطراف)** من المدونة: من اجتمع عليه حدان حد لله وحد للعباد، بدىء بحد الله إذ لا عفو فيه ويجمع ذلك إلا أن يخاف عليه الموت فيفرق. ولو سرق وقطع شمال رجل قطعت يمينه وشماله ويجمع ذلك عليه الإمام أو يفرقه بقدر ما يخاف عليه. ابن شاس: ويمنع من الموالاة في قطع الأطراف قصاصاً خوفاً من قتله **(كحدين لله تعالى لم يقدر عليهما)** ابن عرفة: حد الجلد في القذف والزنا والشرب يفرق عليه بقدر طاقته حتى يكمل **(وبدىء بأشد لم يخف عليه)** تقدم نص المدونة: من اجتمع عليه حدان بدىء بحد الله تعالى ويجمع ذلك عليه الإمام أو يفرقه إلا أن يخاف عليه الموت **(لا بدخول الحرم)** سمع القرينان: تقام الحدود في الحرم ويقتل بقتل النفس في الحرم. ابن رشد: مثله لابن القاسم، ولا خلاف فيه بين فقهاء الأمصار. ابن عرفة: هذا خلاف ما نقل عبد الوهاب وغيره عن أبي حنيفة إن قتل في الحرم قتل فيه إجماعاً، وإن قتل في الحل ثم لجأ إلى الحرم لم يقتل فيه ولم يخرج منه ولكن يهجر ولا يبايع ولا يشارى حتى يضطر إلى الخروج فيقتل **(وسقط إن عفا رجل كالباقي)** ابن شاس: إن عفا بعض الورثة سقط القود إن كان العافي مساوياً لمن بقي في الدرجة أو أعلا منه، فإن كان أنزل درجة لم يسقط القود بعفوه. فإن انضاف إلى الدرجة العليا الأنوثة كالبنات مع الأب أو الجد فلا عفو إلا باجتماع الجميع، فإن انفرد الأبوان فلا حق للأم في عفو ولا قتل، وكذلك الإخوة والأخوات معه. وأما

وَالْبِنْتُ أَوْلَى مِنَ الأُخْتِ فِي عَفْوٍ، وَضِدِّهِ، وَإِنْ عَفَتْ بِنْتٌ مِنْ بَنَاتٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ وَفِي رِجَالٍ وَنِسَاءٍ لَمْ يَسْقُطْ إِلاَّ بِهِمَا، أَوْ بِبَعْضِهِمَا، وَمَهْمَا أَسْقَطَ الْبَعْضُ، فَلِمَنْ بَقِيَ نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ. كَإِرْثِهِ، وَلَوْ قِسْطاً مِنْ نَفْسِهِ

تنبيه: فعلم من هذا أن القصاص في الجراح لا يطلب فيه أن يكون بمثل ما جرح، فإذا شجه موضحة مثلاً بحجر أو عصا يقتص منه بالموسى ولا يقتص منه بحجر أو عصاً. ص: **(ومهما أسقط البعض فلمن بقي نصيبهم من دية عمد)** ش: يعني أنه إذا أسقط بعض من له العفو حقه وعفا عن القاتل فإن القود يسقط ويتعين للباقين نصيبهم من دية عمد ويدخل في ذلك بقية الورثة، فإذا عفا جميع الأولياء فلا شيء للبنات. قال في المدونة في آخر كتاب

الأم والإخوة فلا عفو إلا باجتماعهم معها، فإن اجتمعت الأم والأخوات والعصبة فاتفق الأم والعصبة على العفو مضى على الأخوات، وإن عفا العصبة والأخوات لم يمض على الأم، ولو كان مكان الأخوات بنات لمضى عفو العصبة والبنات على الأم، ولم يجز عفو العصبة والأم على البنات لأنهن أقرب. ابن عرفة: هذا تحصيل قول المدونة وغيرها **(والبنت أولى من الأخت في عفو وضده)** من المدونة: إن لم يترك إلا ابنة وإخوة فالبنت أولى بالقتل وبالعفو. وهذا إذا مات مكانه، وإن عاش وأكل وشرب ثم مات فليس لهما أن يقتسما لأن النساء لا يقسمن في العمد وليقسم العصبة، فإن أقسموا وأرادوا القتل وعفت الابنة فلا عفو لها، وإن أرادت القتل وعفا العصبة فلا عفو لهم إلا باجتماع منها ومنهم أو منها ومن بعضهم، وإن كان جلاً لا عصبة له وكان القتل خطأ أقسمت أخته وابنته وأخذوا الدية، وإن كان عمداً لم يجب القتل إلا ببينة **(وإن عفت بنت من بنات نظر الحكم)** من المدونة: من أسلم من أهل الذمة أو رجل لا تعرف عصبته فقتل عمداً ومات مكانه وترك بنات فلهن القتل، فإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل نظر السلطان بالاجتهاد في ذلك إن كان عدلاً، فإن رأى العفو أو القتل أمضاه **(وفي رجال ونساء لم يسقط إلا بهما أو بعضهما)** انظر قبل هذا عند قوله «ولا عفو إلا باجتماعهم» وقول ابن عرفة يريد أو باجتماع بعض الصنفين **(ومهما أسقط البعض فلمن بقي نصيبه من دية عمد)** من المدونة: إن عفا ولي القتيل على إلزام القاتل ديته لم يلزم ذلك القاتل إلا أن يشاء، وقد تقدم قول المدونة إن عفوت ولم تشترط شيئاً ثم تطلب الدية فلا شيء لك. راجعه قبل هذا عند قوله «ولدية لعاف». ومن المدونة أيضاً في قاتل العدم يقول بعض الأولياء نعفوا ولم يعف بعضهم فنصيب من لم يعف من الدية في مال الجاني. قال ابن القاسم: إذ لا سبيل لتبعيض الدم فزال القتل وصار كعمد المأمومة، وإن عفا بعض البنين سقط حظه من الدية وبقيتها بين من بقي يدخل فيها الزوجة وغيرها. الباجي: فإن عفا البنون الذكور كلهم فقال ابن القاسم: يسقط حظ البنات. قال ابن المواز: وقاله من أدركت من أصحاب مالك انظر هذا مع لفظ خليل **(كإرثه ولو قسطاً من نفسه)** انظر قوله «من نفسه» وعبارة ابن الحاجب: من ورث قصاصاً على نفسه أو قسطاً منه سقط القود. والذي لابن يونس ما نصه: من قتل رجلاً عمداً فلم يقتل حتى مات أحد ورثة المقتول فكان القاتل وارثه، بطل القصاص لأنه ملك من دمه حصة فهو كالعفو ولبقية أصحابه عليه حظهم من الدية. قال

وَإِرْثُهُ كَالْمَالِ، وَجَازَ صُلْحُهُ فِي عَمْدٍ. بِأَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ، وَالْخَطَإِ كَبَيْعِ الدينِ، وَلاَ يَمْضِي عَلَى عَاقِلَتِهِ. كَعَكْسِهِ، فَإِنْ عَفَا فَوَصِيَّةٌ، وَتَدْخُلُ الْوَصَايَا فِيهِ، وَإِنْ بَعْدَ سَبَبِهَا، أَوْ بِثُلُثِهِ، أَوْ بِشَيْءٍ: إِذَا

الديات: وإذا قامت بينة بالقتل عمداً فللمقتول بنون وبنات فعفو البنين جائز على البنات ولا أثر لهن مع البنين في عفو ولا قيام، وإن عفوا على الدية دخل فيها النساء وكانت على فرائض الله تعالى وقضى منها دينه، وإن عفا واحد من البنين سقطت حصته من الدية وكانت بقيتها بين حق من بقي على الفرائض وتدخل في ذلك الزوجة وغيرها، وكذلك إذا وجب الدم بقسامة. ولو أنه عفا على الدية كانت له ولسائر الورثة على المواريث، وإذا عفا جميع البنين فلا شيء للنساء من الدية وإنما لهن إذا عفا بعض البنين والإخوة والأخوات إذا استووا فهم كالبنين والبنات فيما ذكرنا اهـ. وما ذكره في المدونة من أنه إذا عفا جميع البنين فلا شيء للنساء من الدية قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولا لمن لا يعتبر عفوه معه كالبنات والابن وهو ظاهر المذهب وبه قال ابن القاسم وأشهب. وروى أشهب عن مالك أيضاً: إن عفا الذكور كلهم فحق أخواتهم في الدية باق. ابن المواز: وبالقول الأول قال من أدركنا من أصحاب مالك، ثم إن الأول مقيد بأن يعفو كل من له العفو في فور واحد، وأما لو عفا بعض من له ذلك ثم بلغ من بقي وعفا فلا يضر ذلك من معهما من أخت وزوج وزوجة لأنه مال ثبت

أشهب: إلا أن يكونوا من الأولياء الذين من قام بالدم منهم فهو أولى فإن للباقين أن يقتلوا **(وإرثه كالمال)** قال ابن الحاجب: وفي كون إرثه على نحو المال أو على نحو الاستيفاء قولان لابن القاسم وأشهب. ابن عبد السلام: ضمير «إرثه» يعود على «الدم». ومعنى قول ابن القاسم أن ولي الدم إن مات تنزل كل ورثته منزلته دون خصوصية لعصبته على ذوي فروضه، فترث البنات والزوجات والأمهات. ونص العفو والقصاص كما لو كان معهم عصبة لأنهم ورثوه عمن كان ذلك إليه. ومعنى قول أشهب أنه لا يرث من ورثة ولي الدم إلا من يرثه من المقتول نفسه. فلو ترك ولي الدم ابناً وابنة وأماً وزوجة لم يكن للبنت والزوجة حظ كما لم يكن لبنت القتيل وزوجته مع ابنه شيء. ابن عرفة: لا مدخل للأزواج في الدم بحال، فليس مراد ابن القاسم كما فهمه شارحاً ابن الحاجب راجعه أنت. ومن المدونة: إن مات من ولاة الدم رجل وورثه رجال ونساء فللنساء من العفو والقتل ما للذكور لأنهم ورثوا الدم عمن له العفو والقتل فهم كإياه. انظر إن مات ولي الدم عن ابن وبنت. قال ابن يونس: لا قيام للبنية على قول أشهب وهو القياس **(وجاز صلحه في عمد بأقل وأكثر والخطأ كبيع الدين)** من المدونة: من جنى خطأ وهو من أهل الإبل فصالح الأولياء عاقلته على أكثر من ألف دينار جاز إن عجلوها، فإن تأخرت لم يجز لأنه دين بدين، وفي العمد جائز لأنه ليس بمال **(ولا يمضي على عاقلته كعكسه)** من المدونة: لو صالح الجاني على العاقلة فيما عليها فأبت لم يلزمها. ابن عرفة: وقول ابن الحاجب وكذلك العكس واضح لأنها فيما يلزمها دونها كأجنبي **(فإن عفا فوصية وتدخل الوصايا فيه وإن بعد سببها أو بثلثه أو بشيء قبله إذ عاش بعدها ما يمكنه التغيير فلم يغير بخلاف**

عَاشَ بَعْدَهَا مَا يُمْكِنُهُ التَّغْيِيرُ فَلَمْ يُغَيِّرْ: بِخِلاَفِ الْعَمْدِ: إِلاَّ أَنْ يُنْفِذَ مَقْتَلَهُ، وَيَقْبَلَ وَارِثُهُ الدِّيَةَ وَعَلِمَ،

بعفو الأول. قاله محمد اهـ. ص: **(بخلاف العمد)** ش: أي فلا تدخل الوصايا فيما أخذه الورثة عنه. قال في الشامل: ولا مدخل لوصية في عمد وإن ورثت كماله أو غرم الدين منه. ولو قال إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها أو أوصي بثلثها ولا يدخل منها في ثلثه شيء إلا إذا أنفذ مقتله وقبل أولاده الدية وعلم بها اهـ.

فرع: ولو أوصى أن تقبل الدية من القاتل وأوصى فيها بوصايا لم تدخل الوصايا فيه على المشهور لاحتمال أن لا يرضى القاتل. قاله في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب الديات، فإن رضي القاتل بذلك أيضاً كانت الوصايا في الدية.

تنبيه: قال ابن الحاجب: بخلاف العمد فإنه لا مدخل للوصية فيه وإن كان يورث كماله ويغرم الدين منه، قال ابن عبد السلام: معناه أنه لا يضر في سلب المالية عن عدم العمد وعدم نفوذ الوصية من ثلث ديته كون الدية فيه تورث كماله وتأخذ منها الزوجة سهمها ويؤدى منها الدين لأنها دائرة بين ما قلناه من عدم المالية وبين كونها ما لم يعلم به الوصي انتهى. وقال في التوضيح: ولا يضر في سلب المالية كونه يورث عنه ويغرم منه الدين لأنها مال لم يعلم به ربه أو ليست بمال حقيقة فتأمله اهـ. ولا أعلم خلافاً في كونه يؤدى منها دين الميت إذا قبلت. قال ابن رشد في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا: ولو أوصى المقتول بمال فقال يخرج ثلثي مما علمت من مالي ومما لم أعلم لم تدخل في ذلك الدية التي أخذها الورثة لأنها مال لم يكن له، وإنما قال ما لم أعلم وديته لم تكن من ماله ولكن يؤدى منها ديته ويرثها عنه ورثته على كتاب الله عز وجل، لأن السنة أحكمت ذلك في الدية وإن كانت

العمد) من ابن يونس قال ابن القاسم: قال مالك: إذا عفا المقتول خطأً عن ديته جاز ذلك في ثلثه، فإن لم يكن له مال وأوصى مع ذلك بوصايا فليتحاص العاقلة وأهل الوصايا في ثلث ديته. ولو أوصى لرجل بثلثه بعد الضرب دخلت الوصية في ديته لأنه قد علم أن قتل الخطأ مال، وكذلك لو أوصى بثلثه قبل أن يضرب وعاش بعد الضرب ومعه من عقله ما يعرف به ما هو فيه فلم يغير الوصية فإنها تدخل في ديته إلا أن تختلس نفسه ولا يعرف له بعد الضرب حياة فلا تدخل الوصايا في ديته. ولو كان القتل عمداً فقبل الأولياء الدية لم تدخل فيها الوصايا وإن عاش بعد الضرب وتورث على الفرائض إلا أن يكون عليه دين فأهل الدين أولى بذلك إذ لا ميراث إلا بعد قضاء الدين **(إلا أن ينفذ مقتله ويقبل وارثه الدية وعلم)** ابن يونس: لو أنفذ قاتله مقاتله مثل أن يقطع نخاعه أو مصرانه وبقي حياً يتكلم فقبل أولاده الدية وعلمها فأوصى فيها لدخلت فيها وصاياه لأنه مال طرأ له وعلمه قبل زهوق نفسه فوجب أن تجوز فيه وصاياه. قال ابن القاسم: ولو أنه أوصى فقال: إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها أو أوصي بثلثها، لم يجز ولا يدخل منها في ثلثه شيء لأن ذلك عند الميت يوم

وَإِنْ عَفَا عَنْ جُرْحِهِ، أَوْ صَالَحَ فَمَاتَ: فَلأَوْلِيَائِهِ الْقَسَامَةُ، وَالْقَتْلُ، وَرَجَعَ الْجَانِي فِيمَا أُخِذَ مِنْهُ، وَلِلْقَاتِلِ الاسْتِحْلاَفُ عَلَى الْعَفْوِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ وَاحِدَةً وَبَرِىءَ، وَتُلَوَّمَ لَهُ فِي بَيِّنَتِهِ الْغَائِبَةِ وَقُتِلَ بِمَا قَتَلَ، وَلَوْ نَاراً إِلاَّ بِخَمْرٍ؛ أَوْ لِوَاطٍ؛ وَسِحْرٍ؛ وَمَا يَطُولُ وَهَلْ وَالسُّمُّ، أَوْ يُجْتَهَدُ فِي قَدْرِهِ: تَأْوِيلاَنِ، فَيُغَرَّقُ، وَيُخْنَقُ،

ليست بمال للمقتول الموروث. قال ابن دحون: وهو صحيح. اهـ. كلام ابن رشد ص: **(وإن عفا عن جرحه أو صالح فمات)** ش: نحوه في المدونة فيمن قطعت يده فعفا ثم مات، قال الشيخ أبو الحسن: إن قال عفوت عن اليد لا غير لا إشكال، وإن قال عن اليد وما ترامى إليه من نفس أو غيره فلا إشكال. وإن قال عفوت فقط فهو محمول على أنه عفا عما وجب له في الحال وهو قطع اليد اهـ. وقد ذكر المصنف هذه المسألة في كتاب الصلح أيضاً وتقدم الكلام عليها بما فيه الكفاية والله أعلم. ص: **(والدرج طرف)** ش: يعني أن الأطراف تندرج في

أوصى مال مجهول. قال محمد: بل لا مال له كشيء لا يعلم أيكون أم لا يكون **(وإن عفا عن جرحه أو صالح فمات فلأوليائه القسامة والقتل ورجع الجاني فيما أخذ منه)** ابن شاس: لو عفا عن جرحه العمد ثم نزا فيه فمات، فلولاته أن يقسموا ويقتلوا في العمد ويأخذوا الدية في الخطأ من العاقلة ويردون ما أخذ وليه في الصلح. ومن المدونة: إن قطع يده عمداً فصالحه على مال ثم نزا فيها فمات، فلأوليائه أن يقسموا ويقتلوا ويرد المال، فإن أبوا بقي لهم المال الذي أخذ في قطع اليد، وكذا لو كانت موضحته خطأً فلهم أن يقسموا أو يأخذ الجاني ماله ويكون في العقل كرجل من قومه. انظر كتاب الصلح من المدونة **(وللقاتل الاستحلاف على العفو فإن نكل حلف واحدة وبرىء)** من المدونة: إن ادعى الجاني عفو الولي استحلفه، فإن نكل حلف القاتل. ابن يونس: إنما يحلف القاتل يميناً واحدة لأنها التي كانت على المدعى عليه **(وتلوم له في البينة الغائبة)** من المدونة: إن ادعى القاتل بينة غائبة تلوم له الإمام **(وقتل بما قتل)** ابن شاس: الفصل الثالث من الفن الثاني من حكم القصاص في كيفية المماثلة وهي فرعية في قصاص النفس. قال القاضي أبو بكر: من قتل بشيء قتل به إلا في وجهين وفي وصفين. الوجه الأول المعصية كالخمر واللواط. الثاني النار والسم. وقيل: يقتل بالنار والسم **(ولو ناراً)** سمع عبد الملك ابن القاسم: من قتل رجلاً بتغريق أو سم قتل بمثل ذلك. ابن رشد: هو نص المدونة في السم وتأولها الشيخ فقال: يعني يوجب القود بغير السم وهو تأويل بعيد. وإذا قيد بالسم فأحرى بالنار خلاف قول أصبغ لا يقاد بالنار. الباجي: المشهور قتله بما قتل به من نار أو غيرها. ابن عرفة: خلاف ما شهر ابن العربي **(لا بخمر ولواط)** تقدم قول ابن يونس الأول المعصية **(وسحر)** ابن العربي: في إبطال السحر بالسحر قولان. قال مالك: من السحر ما يفرّق به بين الزوجين وما يصلح به بينهما إذا تباغضا وذلك كفر. قاله مالك. ولكن أحدهما يتوصل به إلى الطاعة والآخر يتوصل به إلى المعصية **(وما يطول)** ابن الحاجب: إن كان مما يطول في قتله فالسيف على الأصح **(وهل والسم أو يجتهد في قدره تأويلان)** تقدم نص ابن رشد وتأويل أبي محمد **(يغرق ويخنق**

وَيُحَجَّرُ، وَيُضْرَبُ بِالْعَصَا لِلْمَوْتِ: كَذِي عَصَوَيْنِ، وَمُكِّنَ مُسْتَحِقٌّ مِنَ السَّيْفِ مُطْلَقاً، وَانْدَرَجَ طَرَفٌ إِنْ تَعَمَّدَهُ؛ وَإِنْ لِغَيْرِهِ لَمْ يَقْصِدْ مُثْلَةً: كَالأَصَابِعِ فِي الْيَدِ، وَدِيَةُ الْخَطَإِ عَلَى الْبَادِي مُخَمَّسَةٌ: بِنْتُ مَخَاضٍ، وَوَلَدَا لَبُونٍ؛ وَحِقَّةٌ: وَجَذَعَةٌ؛ وَرُبِّعَتْ فِي عَمْدٍ بِحَذْفِ ابْنِ اللَّبُونِ؛

النفس كما إذا قطع يد واحد ورجل آخر وفقأ عين آخر وقتل آخر وهو ظاهر.

فرع: قال في المدونة في أثناء كتاب الديات: ومن فقأ أعين جماعة اليمنى وقتاً بعد وقت ثم قاموا فلتفقأ عينه لجميعهم، وكذلك اليد والرجل. ولو أقام أحدهم وهو أولهم أو آخرهم فله القصاص ولا شيء لمن بقي، وكذلك لو قتل رجلاً عمداً ثم قتل بعد ذلك رجالاً فقتل ولا شيء فيه لهم عليه، انتهى **ص: (ودية الخطأ على البادىء مخمسة) ش:** شرع يتكلم

ويحجر) ابن الحاجب: من قتل بشيء قتل به فيخنق ويغرق ويحجر **(وضرب بالعصى للموت)** اللخمي: اختلف إن ضرب بالعصى مثل العدد الأول فلم يمت. فقال ابن القاسم: يضرب حتى يموت. وقال مالك في رواية محمد: إن كانت العصا تجهز في ضربه واحدة قتل بها وأما ضربات فلا وليقتله بالسيف **(كذي عصوين)** قال مالك: وإن قتله بعصا قتل بعصا وليس في هذا عدد فإن ضربه بعصاتين فمات منهما فإن القاتل يضرب بالعصا أبداً حتى يموت **(ومكن مستحق من السيف مطلقاً)** ابن الحاجب: مهما عدل المستحق إلى السيف مكن انتهى. وانظر هنا ذكروا أن ما تقدم من القتل بمثل ما قتل به إنما هو فيمن ثبت قتله بذلك، وأما من يقتل بالقسامة فلا يقتل إلا بالسيف **(واندرج طرف إن تعمده)** الذي في المدونة: إن قطع يديه ورجليه ثم ضرب عنقه قتل ولا تقطع يداه ولا رجلاه وكل قصاص القتل يأتي عليه. ابن يونس: يريد إلا أن يفعله به على وجه العذاب. قال أصبغ: إن لم يرد القاتل بقطع يده العبث والإيلام قتل فقط، وإن كان أراد ذلك فعل به مثله. وقاله ابن مزين **(وإن لغيره)** روى ابن القاسم وابن وهب: من قطع يد رجل وفقأ عين آخر وقتل آخر فالقتل يأتي على ذلك كله **(لم يقصد مثله)** تقدم هذا لابن يونس **(كالأصابع في اليد)** قال ابن القاسم: لو قطع أصابع يد رجل ويد آخر من الكوع ويد آخر من المرفق قطع لهم من المرفق. ابن عرفة: لابن رشد: من قطع أصابع كف رجل ثم كفه قطعت أصابعه ثم كفه فأحرى في رجلين. انتهى ما لابن عرفة **(ودية الخطأ على البادي مخمسة بنت مخاض وولد اللبون وحقة وجذعة)** ابن شاس: كتاب الديات والنظر في أربعة أقسام: الأول في الواجب وفيه بابان: الأول في النفس، الثاني فيما دون النفس. القسم الثاني في الموجب من الأسباب. القسم الثالث في بيان من عليه الدية. الرابع في غرة الجنين ودية النفس الكاملة عند الخطأ مختلفة الجنس بحسب الجاني فإن كان من أهل البوادي أهل العمود فهي مائة من الإبل مخمسة: عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة **(وربعت في عمد بحذف ابن اللبون)** ابن شاس: أما دية العمد إذا وجبت فمربعة: خمس وعشرون من كل سن من الإناث بعد إسقاط ابن اللبون، ومن المدونة: دية العمد إذا قبلت مبهمة فهي على أربعة أسنان. ابن يونس: وكذلك إذا عفا أحد الأولياء فجاز ذلك على من بقي قضاء لمن بقي من

وَثُلِّثَتْ فِي الأَبِ وَلَوْ مَجُوسِيًّا فِي عَمْدٍ لَمْ يُقْتَلْ بِهِ: كَجَرحِهِ بِثَلاَثِينَ حِقَّةً، وَثَلاَثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلِفَةً: بِلاَ حَدِّ سِنٍّ، وَعَلَى الشَّامِيِّ، وَالْمِصْرِي، وَالْمَغْرِبِيِّ؛ أَلْفُ دِينَارٍ، وَعَلَى الْعِرَاقِيِّ: اثْنَا عَشَرَ أَلْفِ دِرْهَمٍ، إِلاَّ فِي الْمُثَلَّثَةِ، فَيُزَادُ بِنِسْبَةِ مَا بَيْنَ الدِّيَتَيْنِ، وَالْكِتَابِيِّ، وَالْمُعَاهِدُ: نِصْفُ دِيَتِهِ، وَالْمَجُوسِيُّ وَالْمُرْتَدُّ: ثُلُثُ خُمُسٍ،

رحمه الله على الدية وهي بتخفيف الياء المثناة التحتية. قال ابن عرفة: الدية مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد، فيخرج ما يجب بقتل غير الآدمي من

حساب الدية المربعة **(وثلثت في الأب ولو مجوسياً في عمد لم يقتل به كجرحه بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة بلا حد سن)** من المدونة قال مالك: شبه العمد لا أعرفه إنما هو عمد أو خطأ، ولا تغلظ الدية إلا في مثل ما فعل المدلجي بابنه، فإن الأب إذا قتل ابنه بحديدة حذفه بها أو بغيرها مما يقاد من غير الوالد فيه فإن الأب يدرأ عنه القود وتغلظ عليه الدية وتكون في ماله وهي: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها، لا يبالي من أي الأسنان كانت. ولا يرث الأب في هذا من مال الولد ولا من ديته شيئاً لأنه من العمد لا من الخطأ، ولو كان من الخطأ لحملته العاقلة وورث من ماله لا من الدية، والأم في ذلك بمنزلة الأب، وتغلظ الدية على أب الأب كالأب. وكذلك الأب يجرح ولده أو يقطع شيئاً من أعضائه كحال ما صنع المدلجي فإن الدية تغلظ فيه وتكون في مال الأب حالاً، كان أقل من ثلث الدية أو أكثر، ولا تحمله العاقلة. قال مالك: ولو أضجع رجل ابنه فذبحه ذبحاً أو شق بطنه شقاً مما يعلم أنه تعمد القتل أو صنعت ذلك والدة بولدها، ففيه القود إلا أن يعفو من له العفو والقيام. قال سحنون: وإذا قتل المجوسي ابنه فأصحابنا يرون أن تغلظ عليه الدية إذا حكم بينهم خلافاً لعبد الملك **(وعلى الشامي والمصري والمغربي ألف دينار وعلى العراقي اثنا عشر ألف درهم)** ابن عرفة: دية الخطأ على أهل الذهب. قال في المدونة: كأهل الشام ومصر. قال الجلاب: والمغرب. قال ابن حبيب: والأندلس ومكة والمدينة ألف دينار. وعلى ذوي الورق اثنا عشر ألف درهم. قال في المدونة: هم كأهل العراق. الجلاب: وفارس وخراسان **(إلا في المثلثة فيزاد نسبة ما بين الديتين)** الكافي: دية الخطأ ودية العمد على أهل الذهب وأهل الورق سواء، وإنما تختلف الديتان بالنسبة إلى أهل الإبل بخلاف الدية المغلظة التي تكون أثلاثاً فتغلظ على أهل الذهب والورق كما تغلظ على أهل الإبل. قال في المدونة: تغلظ الدية على أهل الذهب والورق وينظر كم قيمة أسنان المغلظة وكم قيمة أسنان الخطأ، فينظر كم زادت قيمة المغلظة على دية الخطأ. ثم ينظر كم ذلك الزائد من قيمة أسنان دية الخطأ. فإن كان قدر ربعها كان له دية وربع وكذلك ما قل وكثر من الأجزاء **(وللكتابي والمعاهد نصفه وللمجوسي والمرتد ثلثا خمس)** من المدونة: دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم، ودية نسائهم على النصف من دية رجالهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم، والمجوسية أربعمائة درهم. ابن شاس: والمعاهد كالذمي. ودية نساء كل جنس على النصف من دية رجالهم. ابن عرفة: والمرتد إن قتله مسلم قبل استتابته لم يقتل به. قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ: وديته دية

وَأُنْثَى كُلٍّ كَنِصْفِهِ؛ وَفِي الرَّقِيقِ قِيمَتُهُ، وَإِنْ زَادَتْ، وَفِي الجَنِينِ، وَإِنْ عَلَقَةً: عُشْرُ أُمِّهِ، وَلَوْ أَمَةً نَقْداً، أَوْ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ تُسَاوِيهِ، وَالأَمَةُ مِنْ سَيِّدِهَا، وَالنَّصْرَانِيَّةُ مِنَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ: كَالْحُرَّةِ إِنْ زَايَلَهَا كُلُّهُ حَيَّةً؛ إِلاَّ أَنْ يَحْيَا: فَالدِّيَةُ إِنْ أَقْسَمُوا، وَلَوْ مَاتَ عَاجِلاً، وَإِنْ تَعَمَّدَهُ بِضَرْبِ بَطْنٍ، أَوْ ظَهْرٍ

قيمة فرس ونحوه، وما يجب بقتل ذي رق من قيمته والحكومة انتهى. ص: **(وفي الجنين ولو علقة عشر دية أمه)** ش: شمل كلامه جنين الحيوان البهيمي، قال في المسائل الملقوطة: لما ذكر المسائل التي انفرد بها مالك ولم يتبعه عليها أحد من فقهاء الأمصار: من ضرب بطن بهيمة

مجوسي في العمد والخطأ في نفسه وجرحه رجع للإسلام أو قتل على ردته. الطرطوشي: ومن لم تبلغه الدعوة بحال كمن بجزيرة لا يضمن إن قتل. قاله أصحابنا. ومن قول مالك إن أقام مسلم بدار الحرب مع القدرة على خروجه لا دية فيه. انظر في الجهاد عند قوله **(وأنثى كل نصفه)** الرسالة: ودية المرأة على النصف من دية الرجل، وكذلك دية الكتابيين ونسائهم على النصف من ذلك. ومن المدونة: دية نساء كل نوع نصف دية رجاله، ودية جراح غير المسلمين من دياتهم كجراح المسلم من ديته **(وفي الرقيق قيمته وإن زادت على دية الحر)** من المدونة: في كل ذي رق قيمته ولو زادت على أكثر ديته **(وفي الجنين وإن علقة عشر أمه ولو أمة نقداً أو غرة عبد أو وليدة تساويه)** أبو عمر: إذا ضربت المرأة فألقت جنيناً ميتاً لم يستهل ففيه غرة عبد أو أمة، قيمته عشر دية أمه خمسون ديناراً عند مالك أو ستمائة درهم. وفي جنين النصرانية واليهودية عشر دية أمه إن ألقته ميتاً وهي حية، وإن كانت أمة فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه كجنين الحرة من دية أمه. اللخمي: الجاني مخير في غرم عشر دية الأم أو في غرم الغرة. ومن المدونة: في جنين الأمة من غير السيد عشر قيمة أمه، كان أبوه حراً أو عبداً. روى ابن نافع: زادت على الغرة أو قصرت. ومن أعتق ما في بطن أمته من غيره فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه، ولو ألقته حياً ففيه دية حر. ومن المدونة: الجنين ما علم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة أو مصوراً. ابن عرفة: ظاهره أن الدم المجتمع فيه لغو في استبرائها أنه حمل. ومن المدونة: وسواء ضربت الأم عمداً أو خطأ **(والأمة من سيدها والنصرانية من العبد المسلم كالحرة)** من المدونة: في جنين أم الولد من سيدها ما في جنين الحرة، وكذا جنين النصرانية من زوجها العبد المسلم **(إن زايلها كله حية)** ابن عرفة: الغرة واجبة في الجنين بانفصاله ميتاً قبل موت أمه اتفاقاً. ابن شاس: فلو خرج رأس الجنين وماتت الأم ففي إيجاب الغرة فيه قولان. ابن عرفة: لا أعرف هذا بل المعنى كمال خروجه **(إلا أن يحيى فالدية إن أقسموا ولو مات عاجلاً)** من المدونة: إن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم ماتت بجنين في بطنها ومات الخارج قبل موتها أو بعد، ففي الأم دية واحدة والكفارة ولا دية في الجنين الذي لم يزايلها ولا كفارة، والذي ألقته، إن استهل ففيه القسامة والدية، وإن لم يستهل ففيه الغرة. ولبعض المدنيين عن مالك: لا قسامة إن مات مكانه وإنما تكون القسامة إذا عاش ثم مات. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «وذكي المزلق» أن الجنين لا عبرة بحياته في بطن أمه فلا تراعى بعد خروجه حتى يعلم أنه يعيش مثله وكذلك إرثه حسبما يأتي **(وإن تعمده بضرب ظهر أو بطن أو**

أَوْ رَأْسٍ: فَفِي الْقِصَاصِ خِلَافٌ؛ وَتَعَدَّدَ الْوَاجِبُ بِتَعَدُّدِهِ وَوُرِّثَ عَلَى الْفَرَائِضِ: فَفِي الْجِرَاحِ

فألقت جنيناً ميتاً فعليه عشر قيمة أمه اهـ. وهذا خلاف ما يقوله المصنف إنما فيه ما نقصها وهو الذي يقوله أهل المذهب. ص: **(وأورثت على الفرائض)** ش: تصوره ظاهر.

تنبيه: إذا كان الجاني هو الأب فتجب عليه الغرة ولا يرث منها. قاله في الديات من المدونة ونصه: ولو ضرب الأب بطن امرأته فألقت جنيناً ميتاً فلا يرث الأب من دية الجنين شيئاً ولا يحجب ويرثها من سواه اهـ. وقال الجزولي في شرح الرسالة: وكذلك الأم إذا كانت هي التي أسقطت مثل أن تشرب ما يعلم أنه يسقط به الجنين فإن الغرة تجب عليها ولا ترثها، وأما إن شربت دواء مما لا يعلم أنه لا يسقط به الجنين فكان ذلك سبب سقوطه فلا غرة عليها. وكذلك الطبيب إذا سقاها وكانت الأدوية مما يعلم أنه يسقط به الجنين فعليه الغرة، وإن كان مما يعلم أنه لا يسقط به فلا غرة عليه. انتهى بلفظه وقال في رسم العقود من سماع أشهب من كتاب الديات: وسئل مالك عن المرأة تشرب الدواء وهي حامل فيسقط ولدها، أترى عليها شيئاً؟ قال: ما أرى به بأساً إذا كان دواء يشبه السلامة فليس به بأس إن شاء الله قد يركب الإنسان الدابة فتصرعه، وقد كوى رسول الله ﷺ سعداً فمات فقال رسول الله ﷺ: بئس الميت يهود تقول يفتنون به ويقولون لم يغن عنه صاحبه، قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله وهو على قياس ما تقدم في رسم البز من سماع ابن القاسم في الصبي الذي تسقيه أمه الدواء فيشربه فيموت اهـ. وقال في المسائل الملقوطة في الحامل تشرب داء فتلقي جنينها: ذكر ابن حبيب عن قتادة أن عليها عتق رقبة. وقال فضل بن مسلمة: قد قيل لا شيء عليها إذا كان دواء مأموناً وهو مذهب أصحابنا اهـ. وذكرها ابن فرحون في الفصل التاسع من القسم الثالث من تبصرته. وقال في مفيد الحكام: وإذا شربت المرأة دواء فألقت جنيناً ميتاً لم تكون للغرة ضامنة اهـ. يريد إذا كان دواء مأموناً كما تقدم في كلام غيره والله أعلم. وسيأتي عند قول المصنف: «وعلى القاتل» الخ. وانظر كتاب الديات من المدونة في باب ما أصاب النائم والنائمة ص: **(وفي الجراح حكومة)** ش: قال في الرسالة: وما برىء على غير شين مما دون

رأس ففي القصاص خلاف) ابن شاس: إن كانت الجناية عمداً وانفصل الجنين حياً فقال القاضي أبو الوليد: المشهور من قول مالك أنه لا قود فيه. ابن عرفة: إن ألقته حياً وهي حية أو ميتة والضرب خطأ ومات بالحضرة فقول ابن القاسم في المدونة: توقف ديته على القسامة قال: لأنه لا يدري أمات من الضربة أو لما عرض بعد خروجه. ولو كان الضرب عمداً على بطنها فقال ابن القاسم: يجب القود فيه بقسامة. وهذا إن تعمد ضرب البطن أو الظهر أو موضعاً يرى أنه أصيب به، أما لو ضرب رأسها أو يدها أو رجلها ففيه الدية **(وتعدد الواجب بتعدده)** سمع القرينان: من ضربت فطرحت جنينين لم يستهلا ففيهما غرتان ولو استهلا كان فيهما ديتان، ورواه ابن نافع في المجموعة **(وورثت على الفرائض)** من المدونة: تورث الغرة على فرائض الله **(وفي الجراح حكومة بنسبة نقصان الجناية إذا**

حُكُومَةٌ بِنِسْبَةِ نُقْصَانِ الْجِنَايَةِ، إِذَا بَرِئَ مِنْ قِيمَتِهِ عَبْداً فَرْضاً مِنَ الدِّيَةِ. كَجَنِينِ الْبَهِيمَةِ.

الموضحة فلا شيء فيه. قال الجزولي: انظر أجرة الطبيب وثمن الزراريع قيل على الجاني، وقيل لا شيء عليه وهو ظاهر الكتاب. وقال الفاكهاني: ظاهر الرسالة أنه لا يعطى أجرة الأدوية ولم يقل به مالك. وقيل يعطى ما أنفقه من الأدوية. قاله الفقهاء السبعة. قال ابن ناجي: أراد الفاكهاني بقوله: «ولم يقل به مالك» أي لم يقل بأن الأجرة له بل قال مثل ظاهر كلام الرسالة إذا قيل له من انكسر فخذه ثم جبرت مستوية، أله ما أنفق في علاجه؟ قال: ما علمته من أمر الناس أرأيت إن برئ على شين أيكون له قيمة الشين وما أنفق في علاجه؟ اهـ. وقال أبو الحسن: قال ابن يونس: قال مالك: وليس أجر الطبيب بأمر معلوم معمول به، ثم ذكر ما تقدم. وقال بعده ابن رشد: وقال الفقهاء السبعة: فيما دون الموضحة من جراح الخطأ أجر المداوي صح من المقدمات هنا. قال ابن الحاجب هذا. قال مالك: ما علمت أجر الطبيب من أمر الناس. ذكره قبل الكلام على الأعضاء المقررة، وذكر المصنف في آخر باب الغصب في ذلك قولين. **ص: (كجنين البهيمة) ش:** قال في المسائل الملقوطة: لما ذكر المسائل التي انفرد بها مالك ولم يتابعه عليها أحد من فقهاء الأمصار: من ضرب بطن بهيمة فألقت جنيناً ميتاً فعليه

برئ من قيمته عبداً فرضاً من الدية) ابن شاس: الباب الثاني فيما دون النفس وهذه الجناية إما جرح وإما إبانة، وإما إبطال منفعة. الأول الجرح وقد تقدم بيان ترتيبه، وفي جميعه الحكومة إلا الموضحة ففيها خمس من الإبل. ومن الكافي: ليس في شيء مما ذكرنا من الشجاج كلها إذا أصيبت خطأ إلا الاجتهاد والحكومة، وذلك أن يقدم المجني عليه عبداً صحيحاً ويقوم عبداً معيباً وينظر ما بين قيمته، فيجعل ذلك جزءاً من ديته على الجاني في ماله، وكذلك جراح الجسد كلها غير الجائفة ليس فيها عند مالك وأصحابه عقد مسمى، وإنما فيها اجتهاد الحاكم على قدر الشين والألم. وهذا كله في جراح الخطأ، فإن كانت عمداً وضبط فيها القود وعرف عمق ذلك وقدره طولاً وعرضاً، أقيد منها، إذا برئ المجروح، ولا قود في جائفة ولا مأمومة ولا منقلة. والجائفة ما وصل إلى الجوف من مقدم الجوف أو من الجنب أو الظهر أو الخصر ولو بإبرة، وفيها ثلث الدية بعد البرء. والمأمومة لا تكون إلا في الرأس ومعناها ما وصل إلى الدماغ ولو وبإبرة، فيها ثلث الدية بعد البرء. والهاشمة فيها عشر الدية مائة دينار وقال ابن شاس: أما الهاشمة فلا دية فيها بل حكومة. الشيخ: روى أصحاب مالك ليس فيما دون الموضحة في الخطأ عقل مسمى. ابن القاسم وأشهب: إلا أن يبرأ على شين ففيه حكومة. ابن عرفة: ألفاظ المدونة يأتي فيها مرة لفظ الحكومة، ومرة لفظ الاجتهاد. وقول ابن شاس «الحكومة تقدر بعد اندمال الجرح وهو مقتضى الروايات في المدونة وغيرها. وما برئ من الخطأ على غير شين فيه إلا الموضحة ففيها ديتها لأن فيها دية مسماة، وما برئ على شين وليس فيه عقل مسمى ففيه حكومة **(كجنين البهيمة)** ومن الكافي: من جنى على بهيمة شيئاً فعليه ما نقصها، فإن قتلها غرم قيمتها بالغة ما بلغت، وإن قطع ذنب دابة أو شيئاً من محاسنها وكانت من دواب الركوب والزينة ففيها لمالك

إِلاَّ الْجَائِفَةَ وَالآمَّةَ فَثُلُثٌ، وَالْمُوضِحَةَ فَنِصْفُ عُشْرٍ، وَالْمُنَقِّلَةَ وَالْهَاشِمَةَ. فَعُشْرٌ وَنِصْفُهُ، وَإِنْ بِشَيْنٍ

عشر قيمة أمه اهـ. وما قاله خلاف ما قاله المصنف من أنه إنما فيه قيمة ما نقصها، وما قاله المصنف هو الذي يقوله أهل المذهب. ص: **(وإن بشين فيهن)** ش: الضمير للجائفة والآمة والمنقلة والهاشمة والموضحة. ومعناه أنه إذا حصل بسبب واحد من هذه الجراحات شين فإنه لا يزاد على المقدر فيها شيء لأجل الشين، ولم يذكروا خلافاً في اندراج شين غير الموضحة، واختلف في اندراج شين الموضحة على ثلاثة أقوال: الأول يندرج وهو ظاهر كلامه هنا وعزوه في التوضيح لأشهب وهو ظاهر إلحاقاً لها ببقية أخواتها، والثاني أنه يزاد لأجل الشين، سواء كان قليلاً أو كثيراً، وعزوه في التوضيح لابن زرقون وهو مذهب المدونة قال فيها: وموضحة الوجه والرأس إذا برئت على شين زيد في عقله بقدر الشين اهـ. والثالث روى ابن نافع عن مالك إن كان أمراً منكراً زيد له وإلا فلا. اهـ من التوضيح. وقال الشيخ زروق في الموضحة: إذا برئت على شين ثلاثة مشهورها قول مالك وابن القاسم أنه يزاد على ديتها بقدر الشين. انتهى ص: **(وفي اليدين)** ش: قال ابن ناجي: والدية كاملة في مجموع اليدين، سواء قطعت الأصابع خاصة أو قطعت مع الكف أو مع الذراع أو قطعت اليدان من المنكبين، وهو الذي قلناه هو قول مالك من رواية أشهب. ولو قطع كف وليس فيها إلا أصبع واحدة فله دية الأصبع. واستحسن ابن القاسم في الكف حكومة. قال أشهب: لا شيء له في الكف إذا ما بقي شيء له دية. واتفقوا إذا بقي الكف خاصة ففيها حكومة، وأنه إن لم يذهب له إلا أصبع واحد فلا شيء له فيما بقي من الكف، واختلفوا فيما بين ذلك فجعل ابن القاسم الأصبع قليلاً كما لو لم يبق فيها شيء وجعل أشهب وجودها مانعاً من أخذ الحكومة. ووافقه على ذلك سحنون، وقاله ابن القاسم في الأصبعين، وجعل عبد الملك الثلاثة من حيز القليل فله في الكف

قولان، وإن كانت من دواب الحمولة فعليه ما نقص من ثمنها إلا أن يذهب جل منافعها فالقولان **(إلا الجائفة والآمة فثلث)** ابن عرفة: كل المذهب على أن في المأمومة ثلث الدية والجائفة مثلها **(والموضحة فنصف عشر)** ابن عرفة، كل المذهب على أن في الموضحة نصف عشر الدية. ابن رشد: ولا تكون عند مالك إلا في جمجمة الرأس وفيها القصاص في العمد وخمس من الإبل في الخطأ إلا أن تكون في الوجه فتشينه فيزاد فيها بقدر شينها **(والمنقلة والهاشمة فعشر ونصفه)** أما المنقلة فقال في الكافي: في المنقلة عشر الدية ونصف عشرها خمس عشرة فريضة أو مائة وخمسون ديناراً. ابن رشد: الخطأ والعمد في المنقلة سواء إذ لا قصاص فيها لأنها من المتالف، وأما الهاشمة فقد تقدم قول ابن شاس لا دية فيها، وقول أبي عمر فيها عشر الدية. فقال ابن رشد: أما الهاشمة فلم يعرفها مالك، وديتها عند من عرفها من العلماء وهم الجمهور من العلماء عشر من الإبل **(وإن بشين فيهن)** انظر هذا الإطلاق وابن شاس إن بقي حوالي الجرح شين وكان أرش الجرح مقدراً اندرج الشين إلا في موضحة الوجه

فِيهِنَّ، إِنْ كُنَّ بِرَأْسٍ أَوْ لَحْيٍ أَعْلَى، وَالْقِيمَةُ لِلْعَبْدِ كَالدِّيَةِ، وَإِلاَّ فَلاَ تَقْدِيرَ، وَتَعَدَّدَ الْوَاجِبُ بِجَائِفَةٍ

عنده بحساب ما ذهب من الأصابع. وقال المغيرة: إذا ذهب منها أصبعان ثم قطع الكف بعد ذلك فإن أخذ في الأصبعين عقلاً أو قوداً فله عقل ثلاثة أصابع ولا حكومة له اهـ.اوقال في المدونة في أواخر كتاب الجراح: إذا ذهبت أصبع من الكف بأمر من الله سبحانه وبجناية وقع فيها قصاص أو عقل ثم أصيبت الكف خطأ ففيها أربعة أخماس الدية، ولو ذهبت منها أنملة اقتص منها لقوصص بها في دية الكف، ومن قطع كفاً خطأ وقد ذهب بعض أصابعها فإنما عليه بحساب ما بقي من الأصابع في الكف، وإن لم يبق في الكف إلا أصبع واحدة فعليه في الأصبع ديتها، واستحسن في الكف حكومة. ومن قطع كف رجل عمداً وقد ذهب منها أصبعان أو ثلاثة بأمر من الله عز وجل أو بجناية وقطع فيها قصاص أو عقل لم يقتص منه ولكن عليه العقل في ماله، ولو ذهب منها أصبع واحدة قطعت يده قصاصاً سواء كانت الإبهام المقطوعة أو غيرها. انتهى.

ص: **(والقيمة للعبد كالدية)** ش: قال في أوائل كتاب الديات من المدونة: وفي مأمومة العبد وجائفته في كل واحدة ثلث قيمته، وفي منقلته عشر قيمته ونصف عشر قيمته، وفي موضحته نصف عشر قيمته، وفيما سوى ذلك من جراحاته ما نقصه بعد برئه اهـ. فإن برئت

والرأس فإنه يزاد على عقلها بقدر ما أشانت بالاجتهاد. وعبارة ابن رشد انظرها قبل قوله: «والمنقلة» **(إن كن برأس أو لحي أعلى والقيمة للعبد كالدية وإلا فلا تقدير)** انظر إقحام قوله: «والقيمة للعبد كالدية» أثناء قوله: «إن كن برأس أو لحي أعلا وإلا فلا تقدير». وعبارة ابن الحاجب في الجراح كلها الحكومة إلا أربعة: الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة. ثم قال: وتختص الموضحة وأختاها بعظم الرأس والوجه دون الأنف واللحي الأسفل. ثم قال: وأما هاشمة البدن ومنقلته وغيرها فالاجتهاد يعني إلا الجائفة فإنه قد كان ذكرها. ومن الكافي: الموضحة لا تكون إلا في الوجه والرأس. وكذلك الشجاج كلها وما كان في الجسد من ذلك قيل لها جراح لا شجاج. وقد تقدم قوله: «وكذلك جراح الجسد كلها غير الجائفة ليس فيها عقل مسمى» انظره عند قوله: «وفي الجراح حكومة». وأما قوله: و«القيمة للعبد كالدية» فقال مالك: إن قتل حر عبداً فعليه قيمته ما بلغت وإن جاوزت الدية، وإن جرحه فعليه ما نقصه بعد برئه. قال مالك: وموضحة العبد ومنقلته وجائفته ومأمومته في ثمنه بمنزلتهن في دية الحر. قال عبد العزيز: إذ لا ينقص ثمنه إذا برىء فلا بد أن يكون فيهن ما ذكرنا. ابن رشد: الفقهاء السبعة على وجوب أجر الطبيب فيما دون الموضحة من جراح الجسد، وأخذه بعضهم من قول مالك مرة بوجوب الرفق ابن عرفة: وهو أحروي لأن الدماء آكد من الأموال. وسئل مالك عمن انكسرت فخذه ثم انجبرت مستوية، أله ما أنفق في علاجه؟ قال: ما علمته من أمر الناس. أرأيت إن برىء على شين أيكون له قيمة الشين وما أنفق؟ **(وتعدد الواجب بجائفة نفذت)** من المدونة: إن نفذت الجائفة فقد اختلف فيها قول مالك، وأحب إلي أن يكون فيها ثلث الدية. وعبارة ابن شاس: فيها دية جائفتين.

نَفَذَتْ. كَتَعَدُّدِ الْمُوضِحَةِ، وَالْمُنَقِّلَةِ، وَالآمَّةِ إِنْ لَمْ تَتَّصِلْ وَإِلاَّ فَلاَ وَإِنْ بِفَوْرٍ فِي ضَرَبَاتٍ، وَالدِّيَةُ فِي الْعَقْلِ، أَوْ السَّمْعِ، أَوْ الْبَصَرِ، أَوْ النُّطْقِ أَوْ الصَّوْتِ، أَوْ الذَّوْقِ أَوْ قُوَّةِ الْجِمَاعِ، أَوْ نَسْلِهِ، أَوْ تَجْذِيمِهِ أَوْ تَبْرِيصِهِ، أَوْ تَسْوِيدِهِ، أَوْ قِيَامِهِ وَجُلُوسِهِ، أَوْ الأُذُنَيْنِ،

الجراحات المذكورة على شين فاختلف هل يزاد لأجل الشين أو لا يزاد ويكون الواجب فيها

وصوب اللخمي قول مالك الآخر أنها جائفة واحدة. قال: لأنه إنما جعل فيها ثلث دية لقدرها وأنها تصادف مقتل القلب أو الكبد أو غير ذلك، وهذا إنما يخشى حين الضربة من خارج ونفوذها من داخل إلى خارج لا غرر فيه **(كتعدد الموضحة والمنقلة والآمة إن لم تتصل وإلا فلا وإن بفور في ضربات)** لو قال: «وتعدد الواجب بجائفة نفذت كتعددها وتعدد الموضحة» لتنزل على ما تقدم وعلى ما يتقرر. قال ابن شاس: لو انخرق ما بين الجائفتين لكان فيهما دية جائفة واحدة كالموضحة تعظم فتكشف من قرنه إلى قدمه، وإن كان ذلك من ضربات إلا أنه في فور واحد. وكذلك المأمومة والمنقلة. وأما إن لم ينخرق الجلد حتى يتصل ذلك ولو كانت ضربة واحدة حتى تصير تلك الضربة مواضح، فإن كان ما بين ذلك ورماً أو جرحاً لا يبلغ العظم أو صارت الضربة مناقل وما بين المناقل مثل ذلك أو صارت الضربات موائم وما بينها مثل ذلك ولم يخرق ذلك، فله دية تلك المواضح والمناقل والموائم **(والدية في العقل)** ابن شاس: النوع الثالث من الجنايات ما يفوت المنافع والنظر في عشر منافع: الأول العقل إذا أزاله بالضرب فدية واحدة. ابن رشد: وإن نقص بعضه فبحساب ذلك **(أو السمع)** في الموطأ: بلغني أن في الأذنين إذا ذهب سمعهما الدية كاملة اصطلمتا أو لم تصطلما، ومن المدونة: إنما الدية في السمع لا في الأذنين. ابن رشد: إنما الدية في السمع لا في الأذنين، وإن ذهبتا والسمع باق فإنما فيهما حكومة **(أو البصر)** ابن شاس: في إبطال البصر من العينين مع بقاء الحدقتين كمال الدية **(أو الشم)** ابن عرفة: في الأنف الدية كاملة. وأما الشم فقال أبو الفرج: فيه الدية كاملة. وروى أبو الفرج فيه حكومة **(أو النطق)** من المدونة: إذا قطع اللسان من أصله ففيه الدية كاملة، وكذلك إن قطع منه ما منع الكلام، وإن لم يمنع من الكلام شيئاً ففيه الاجتهاد بقدر شينه إن شانه وإنما الدية في الكلام في اللسان كالأذنين إنما الدية في السمع لا فيهما **(أو الصوت)** ابن عرفة: وفي الصوت الدية **(أو الذوق)** اللخمي: وفي الذوق الدية قياساً على الشم ونقله ابن زرقون عن ابن رشد **(أو قوة الجماع)** ابن عرفة: إذهاب الجماع فيه الدية. قاله ابن زرقون: عن المذهب **(ونسله)** ابن عرفة: ذهاب النسل قال اللخمي: فيه الدية **(أو تجذيمه أو تبريصه أو تسويده)** اللخمي: تجب الدية إذا أجذمه أو أبرصه أو سقاه ما يسود أو جسمه أو وجهه **(أو قيامه وجلوسه)** ابن شاس: لو ضرب صلبه فبطل قيامه وجلوسه وجب كمال الدية، وإن بطل قيامه فقط فروى ابن القاسم أن فيه كمال الدية **(أو الأذنين)** انظر هذا مع ما تقرر عند قوله: «أو السمع». وقال ابن شاس: النوع الثاني القطع المبين للأعضاء وذوات الدية من الأعضاء اثنا عشر: الأول الأذنان في كل واحدة نصف الدية في إحدى الروايتين، وفي الرواية الأخرى ليس فيها سواء حكومة. ابن عرفة: ثالث الأقوال في الأذنين حكومة

أَوْ الشوَى أَوْ الْعَيْنَيْنِ، أَوْ عَيْنِ الأَعْوَرِ لِلسُّنَّةِ؛ بِخِلاَفِ كَل زَوْجٍ؛ فَإِنَّ فِي أَحَدِهِمَا نِصْفَهُ، وَفِي الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ، وَمَارِنِ الأَنْفِ، وَالْحَشَفَةِ، وَفِي بَعْضِهِمَا بِحِسَابِهَا مِنْهُمَا: لاَ مِنْ أَصْلِهِ، وَفِي الأُنْثَيَيْنِ مُطْلَقَاً، وَفِي ذَكَرِ الْعِنِّين: قَوْلاَنِ، وَفِي شُفْرَيِ الْمَرْأَةِ، إِنْ بَدَا الْعَظْمُ، وَفِي ثَدْيَيْهَا، أَوْ حَلَمَتَيْهِمَا إِنْ بَطَلَ اللَّبَنُ، وَٱسْتُؤْنِيَ بِالصَّغِيرَةِ، وَسِنُّ الصَّغِيرِ الَّذِي لَمْ يُثْغِرِ لِلإِيَاسِ كَالْقَوْدِ، وَإِلاَّ

حينئذ ما نقصه؟ في ذلك ثلاثة أقوال ذكرها في المقدمات، وانظر الشيخ أبا الحسن والله أعلم.

ص: **(وسن الصغير لم يثغر للإياس كالقود وإلا انتظر سنة)** ش: يعني أن سن الصغير إذا قلعت قبل الإثغار خطأً أو عمداً لم يعجل فيها القود ولا الدية حتى يؤيس من نباتها. فقوله «كالقود» تشبيه لإفادة الحكم. وقيد اللخمي وقف العقل بغير المأمون، وأما الجاني المأمون فلا

مطلقاً وهذا هو المشهور **(أو الشوى)** ابن الماجشون: في الشوى وهي جلدة الرأس الدية كاملة **(أو العينين أو عين الأعور للسنة بخلاف كل زوج فإن في أحدهما نصفه)** قال ابن شاس: في إحدى العينين إذا فقدت نصف الدية في عين الأعور الدية كاملة. ومن المدونة: ليس الدية في شيء واحد مما هو زوج، وفي الأسنان مثل اليدين والرجلين إلا في عين الأعور فقط لما جاء فيها من السنة وإنما في كل واحد من ذلك نصف الدية **(وفي اليدين)** ابن شاس: في اليدين مع الكفين كمال الدية **(وفي الرجلين)** ابن شاس: الرجلان كاليدين **(ومارن الأنف والحشفة وفي بعضها بحسابها فيهما)** من المدونة: في الأنف الدية كاملة قطع من المارن أو من أصله كالحشفة فيها الدية كما في استئصال الذكر، وإذا قطع بعض الحشفة فمن الحشفة يقاس لا من أصل الذكر، فما نقص منها ففيه بحسابه من الدية، وكذلك ما قطع من الأنف إنما يقاس من المارن **(لا من أصله وفي الأنثيين مطلقاً)** من المدونة: إن قطعت الأنثيان مع الذكر ففي ذلك ديتان، وإن قطعتا قبل الذكر أو بعده ففيهما الدية، وإن قطع الذكر قبلهما أو بعدهما ففيه الدية، ومن لا ذكر له ففي أنثييه الدية، ومن لا أنثيين له ففي ذكره الدية، والبيضتان عند مالك سواء اليسرى واليمنى في كل واحدة منهما نصف الدية **(وفي ذكر العنين قولان)** ابن شاس: في ذكر العنين والخصي دية وقيل حكومة. ابن عرفة في مختصر الوقار: في ذكر العنين حكومة، وعلى أحد قولي مالك الدية كاملة، ويختلف في الحصور. راجع ابن عرفة **(وفي شفري المرأة إن بدأ العظم)** ابن عرفة: شفري المرأة قال الأخوان: إن سلتا حتى بدا العظم ففيهما الدية. هما أعظم من ذهاب ثدييها **(وفي ثدييها)** ابن عرفة ثديا المرأة في المدونة مع غيرها فيهما الدية وفي كل واحد نصفها **(أو حلمتيهما إن بطل اللبن)** من المدونة: إن قطع حلمتيهما فإن كان قد أبطل مخرج اللبن أو أفسده ففيه الدية **(واستؤني بالصغيرة)** من المدونة: إن قطع ثديا الصغيرة فإن استؤني أنه أبطلهما فلا تعودان أبداً ففيهما الدية، وإن شك في ذلك وضعت الدية واستؤني بها كسن الصبي، فإن نبتا فلا عقل لها، وإن لم ينبتا أو سطرت فيبست أو ماتت قبل أن يعلم ذلك ففيهما الدية **(وسن لصغير لم يثغر)** من المدونة: من طرح سن صبي لم يثغر خطأً وقف عقله بيد عدل، فإن عادت لهيئتها رجع العقل إلى مخرجه، وإن لم تعد أعطي الصبي العقل كاملاً، وإن هلك الصبي قبل أن تنبت سنه فالعقل لورثته، وإن نبتت أصغر من قدرها الذي قلعت منه كان له من العقل قدر ما

سَنَةً، وَسَقَطَا، وَإِنْ عَادَتْ، وَوُرِثَا، إِنْ مَاتَ؛ وَفِي عَوْدِ السِّنِّ أَصْغَرَ بِحِسَابِهَا، وَجُرِّبَ الْعَقْلُ بِالْخَلَوَاتِ، وَالسَّمْعُ بِأَنْ يُصَاحَ مِنْ أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ، مَعَ سَدِّ الصَّحِيحَةِ، وَنُسِبَ لِسَمْعِهِ الآخَرِ، وَإِلاَّ: فَسَمْعٌ وَسَطٌ، وَلَهُ نِسْبَتُهُ، إِنْ حَلَفَ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ، وَإِلاَّ فَهَدَرٌ، وَالْبَصَرُ بِإِغْلاَقِ الصَّحِيحَةِ

يوقف، وظاهر قوله أنه يوقف جميع عقلها وهو كذلك خلافاً لسحنون. وقوله «وإلا انتظر سنة» قال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: وإلا انتظر بها سنة يعني أنه إذا جاوز السن الذي لا ينبت فيه ولم تنقض سنة انتظرت بقية السنة ووجبت الدية في الخطأ والقصاص في العمد انتهى. وانظر ضبط يثغر والإثغار في التوضيح. **ص: (وسقط إن عادت) ش:** يعني أنه إذا عادت سن الصغير سقط القود والعقل، وأما الكبير إذا قضى له بعقل سنة ثم عادت أو إذنه ثم عادت بعد الحكم فلا يرد شيئاً اتفاقاً، وإن ردتا منه قبل الحكم وعادتا ففي ذلك ثلاثة أقوال، ومذهب المدونة أنه يقضى بالعقل فيها. وأما القود في العمد فلا خلاف في أنه يقاد منه ولو عادت السن أو الأذن. قال في البيان: ونقله ابن عرفة قبل الكلام على الأحق بالدم ونقله في التوضيح والله أعلم.

نقصت. ولو قلعت عمداً أوقف له العقل أيضاً ولا يعجل بالقود حتى يستبرأ أمرها، فإن عادت لهيئتها فلا عقل فيها ولا قود، وإن عادت أصغر من قدرها أعطي ما نقصت، فإن لم تعد لهيئتها حتى مات الصبي اقتص منه وليس فيها عقل وهو بمنزلة ما لم ينبت **(للإياس)** ابن شاس: إن مات الصبي ورث العقل عنه وكذلك لو يبس من نباتها لأخذه الصبي **(كالقود)** تقدم نص المدونة: لو قلدت عمداً أوقف له العقل أيضاً خلافاً لسحنون **(وإلا انتظر سنة وسقط إن عادت وورثا إن مات)** ابن الحاج: وسن الصبي لم يثغر يوقف عقلها إلى اليأس كالقود وإلا انتظر بهما سنة، فإن نبتتا سقطتا، فإن مات الصبي ورث القود والعقل. أشهب: فإن كان قد أثغر عجل العقل في الخطأ والقود في العمد **(وفي عود السن أصغر بحسابها)** انظر قبل قوله: «للإياس» **(وجرب العقل في الخلوات)** المذهب في العقل الدية. ابن رشد: فإن نقص بعضه ففيه بحساب ذلك. اللخمي: فيقوم عبداً سليم العقل ثم يقوم عبداً لا تمييز معه ثم يقوم على هذه الصورة من العقل. ابن عرفة: فيقوم ثلاث قيم. ومن عادة شارحي ابن الحاجب نقل كلام اللخمي وها هنا لم يتعرضا لكلامه بحال فلعله بصعوبة فهمه راجعه فيه **(والسمع بأن يصاح من أماكن مختلفة مع سد الصحيحة ونسب لسمعه الآخر وإلا فسمعه وسط وله بنسبته إن حلف ولم يختلف قوله وإلا فهدر)** ابن الحاجب: ما نقص من السمع بحسابه ويعرف بأن يصاح من مواضع عنده مختلفة مع سد الصحيحة، فإن لم يختلف قوله حلف ونسب لسمعه الآخر وإلا فسمع وسط، فإن اختلف فقيل لا شيء عليه، وقيل له الأقل، وقاله أشهب انظره فيه. والذي لابن يونس عن أشهب: إنه إن اختلف قوله بأمر بين لم يكن له شيء. وقال أصبغ: هذا قول مالك وأصحابه. راجع ابن عرفة **(والعين بإغلاق الصحيحة كذلك)** من المدونة: إذا أصيبت العين فنقص بصرها غلقت الصحيحة ثم جعل له بيضة أو شيء في مكان يختبر به منها بصر السقيمة، فإذا رآها

كَذَلِكَ، وَالشَّمُّ بِرَائِحَةٍ حَادَّةٍ، وَالنُّطْقُ بِالْكَلَامِ آجْتِهَاداً، وَالذَّوْقُ بِالْمقِرِّ، وَصُدِّقَ مُدَّعٍ ذَهَابَ الجَمِيعِ بِيَمِينٍ وَالضَّعِيفُ مِنْ عَيْنٍ، وَرِجلٍ، وَنَحْوِهِمَا خِلْقَةً: كَغَيْرِهِ، وَكَذَا المَجْنِيُّ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ يَأْخُذْ لَهَا عَقْلاً، وَفِي لِسَانِ النَّاطِقِ، وَإِنْ لَمْ يَمْنَعِ النُّطقَ مَا قَطَعَهُ؛

فرع: فإن قلعت سن الصغير بعد الإثغار ونباتها أخذ الدية معجلة. نقله ابن عرفة وغيره.

حولت إلى موضع آخر، فإن تساوت الأماكن أو تقاربت قيست الصحيحة ثم أعطي بقدر ما انتقصت المصابة من الصحيحة، والسمع مثله يختبر بالأمكنة أيضاً حتى يعرف صدقه من كذبه. وإن ادعى المضروب أن جميع بصره أو سمعه ذهب صدق مع يمينه. والظالم أحق من حمل عليه ويختبر إن قدر على ذلك بما وصفنا **(والشم برائحة حادة وفي النطق بالكلام اجتهاد)** ابن شاس: في إبطال النطق كمال الدية ولو بقي فائدة الذوق والإعانة على المضغ. وتقدم نص المدونة إنما الدية في الكلام لا في اللسان، فإن قطع من لسانه ما ينقص من حروفه فعليه بقدر ذلك، ولا يحتسب في الكلام على عدد الحروف، رب حرف أثقل من حرف في النطق ولكن بالاجتهاد فيما نقص من كلامه **(والذوق المنفر)** ابن الحاجب: يجرب الذوق بالمر المنفر. ابن عرفة: هذا نص الغزالي **(وصدق مدعي ذهاب الجميع بيمين)** من المدونة قال ابن القاسم: إن ادعى المضروب أن جميع سمعه أو بصره قد ذهب ولم يقدر على اختباره على حقيقة وأشكل أمره صدق المضروب مع يمينه وقاله مالك. وقال: الظالم أحق أن يحمل عليه. ابن عرفة: يريد بالظالم **(والضعيف من عين ورجل ونحوهما خلقة كغيره)** من المدونة: العين الضعيفة البصر واليد والرجل كذلك من خلقة الله أو بأمر من السماء في كل منهما الدية كاملة **(وكذا المجني عليها إن لم يأخذ عقلاً)** من المدونة: قيل لابن القاسم: كم في الرجل العرجاء؟ فقال: العرج مختلف وما سمعت من مالك فيه شيئاً إلا أني سمعته يقول: كل شيء من الإنسان إذا أصيب منه شيء فانتقص ثم أصيب ذلك الشي بعد فإنما له على حساب ما بقي من ذلك العضو. قال مالك: وما كان من خلقة خلقها الله لم ينتقص منه شيء، ومثل استرخاء البصر والعين الرمدة يضعف بصرها أو ضعف يد أو رجل من كبر أو علة إلا أنه يبصر بالعين ويستمتع بيده ورجله ويبطش بيده، ففي هؤلاء الدية كاملة. وكذلك الذي يصيبه أمر من السماء مثل العرق يضرب في رجل رجل فيصيبه منه عرج أو رمد في العين إلا أنه يمشي على الرجل ويبصر بالعين وقد مسها ضعف، ففيها إن أصيبت دية كاملة. ولو كان ضعف هذه العين أو اليد أو الرجل بجناية خطأ أخذ فيها عقلاً ثم أصيبت بعد ذلك فإنما له ما بقي من العقل، قال ابن القاسم: والعرج عندي مثل هذا. قال في باب بعد هذا: فإن لم يأخذه لها عقلاً فعلى من أصابها بعد ذلك العقل كاملاً. ابن يونس: واختلف قول مالك إذا لم يأخذ لنقص ذلك عقلاً فقال مرة يحاسب الجاني لنقص ذلك، وقال مرة لا يحاسب ويكون عليه العقل كاملاً تاماً. فأما إن كان أخذ لنقصان ذلك شيئاً فإنه يحاسب بلا اختلاف من قوله هذا ظاهر المدونة قال: وأما لو كان الذي أصيب به بعد ذلك عمداً اقتص منه ولم يحاسب بخلاف الدية **(وفي لسان الناطق)** التلقين: وفي اللسان الدية، فأما إن قطع بعضه فإن منع جملة الكلام ففيه الدية. ابن شاس: وفي لسان الأخرس حكومة **(وإن لم يمنع النطق ما نقصه**

فَحُكُومَةٌ: كَلِسَانِ الأَخْرَسِ، وَالْيَدِ الشَّلاَّءِ، وَالسَّاعِدِ، وَأَلْيَتِي المَرْأَةِ، وَسِنٍّ مُضْطَرِبَةٍ جِدًّا؛ وَعَسِيبِ ذَكَرٍ بَعْدَ الْحَشَفَةِ، وَحَاجِبٍ، أَوْ هُدْبٍ وَظُفْرٍ، وَفِيهِ الْقِصَاصُ، وَإِفْضَاءٍ، وَلاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَ مَهْرٍ، بِخِلاَفِ البَكَارَةِ، إِلاَّ بِأُصْبُعِهِ، وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ: عُشْرٌ، وَالأَنْمُلَةِ ثُلُثُهُ، إِلاَّ فِي الإِبْهَامِ، فَنِصْفُهُ،

ص: **(بخلاف البكارة)** ش: أي فإنها تندرج تحت المهر فإذا وطيء بكراً أو افتضها غصباً فعليه صداقها كما صرح به في النوادر في كتاب الزنا، وهو معنى قول ابن الحاجب هنا، والزوج وغيره سواء وأظنه في المدونة. ص: **(إلا بأصبعه)** ش: يعني إلا إذا أزال البكارة بأصبعه فإنها لا تندرج في المهر. قال ابن رشد في سماع سحنون من كتاب النكاح: إذا فعل ذلك بغير زوجته

فحكومة كلسان الأخرس) من المدونة: إن قطع اللسان من أصله ففيه الدية كاملة إن ذهب الكلام، وإن قطع منه ما منعه الكلام ففيه الدية كاملة، وإن لم يمنعه من الكلام شيئاً ففيه الاجتهاد بقدر شينه إن شانه، وإنما الدية في الكلام لا في اللسان. ابن شاس: وفي لسان الأخرس حكومة. انظر هذا مع ما تقدم أن في الذوق الدية **(واليد الشلاء)** قال أصحاب مالك عنه: الجمع عليه عندنا أن ليس في العين القائمة التي ذهب بصرها إن فقئت وفي اليد الشلاء تقطع إلا الاجتهاد، وكذا ذكر الخصي ولسان الأخرس من ابن عرفة **(أو الساعد)** ابن الحاجب: الحشفة كالذكر، فلو قطع عسيبه بعدها فحكومة كالكف بعد الأصابع **(وأليتي المرأة)** ابن عرفة: الأليتان فيهما من الرجل والمرأة حكومة. قال ابن القاسم وابن وهب: في أليتي المرأة حكومة. وقال أشهب: فيها دية كاملة **(وسن مضطربة جداً)** ابن الحاجب: في السن المضطربة جداً الاجتهاد **(وعسيب ذكر بعد الحشفة)** من المدونة: من قطعت حشفته فأخذ الدية ثم قطع عسيبه ففيه الاجتهاد **(وحاجب وهدب)** ابن عرفة: قول ابن الحاجب وغير ذلك مما كان فيه جمال فحكومة كأشفار العينين والحاجبين واللحية والرأس إذا لم ينبت هو قولها مع غيرها **(وظفر وفيه القصاص)** من المدونة: ليس في أشفار العين وجفونها إلا الاجتهاد، وكذلك اللحية، وكذلك الحاجبان إذا لم ينبت، وليس في عمد ذلك القصاص. وفي الظفر القصاص إلا أن يقلع خطأ فلا شيء فيه، فإن برىء على عثم ففيه الاجتهاد **(وإفضاء)** ابن عرفة: الإفضاء إزالة الحاجز بين مخرج البول ومحل الجماع. من المدونة مع غيرها فيه ما شانها بالاجتهاد. الباجي: إن فعل ذلك بأجنبية فعليه حكومة في ماله وإن جاوزت الثلث مع صداق المثل والحد. ولو فعله بزوجته فقال ابن القاسم: إن بلغ الثلث فعلى العاقلة وإلا ففي ماله **(ولا يندرج تحت مهر بخلاف البكارة)** من المدونة: إن زنا بامرأة فأفضاها فلا شيء عليه إن أمكنته من نفسها، وإن اغتصبها فلها الصداق مع ما شانها. ابن عرفة: ظاهره اندراج البكارة في المهر بخلاف الشين لأن زوال البكارة من لوازم الوطء بخلاف الإفضاء **(إلا بأصبعه)** ابن الحاجب: زوال البكارة بأصبعه فيه حكومة والزوج وغيره فيها سواء. ابن شاس: لو أزال بكارة زوجته بأصبعه ثم طلقها فعليه قدر ما شانها مع نصف الصداق **(وفي كل أصبع عشر والأنملة ثلث إلا في الإبهام فنصفه)** ابن شاس: في كل أصبع عشر من الإبل، فلو قطع الكف مع الساعد أو مع المرفق والعضد أو جميع ذلك اندرجت الحكومة. وفي كل أنملة ثلث العشر إلا في الإبهام فهو

وَفِي الْأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ الْقَوِيَّةِ: عُشْرٌ، إِنْ انْفَرَدَتْ وَفِي كُلِّ سِنٍّ: خَمْسٌ،

فلا خلاف أن عليه ما شأنها عند الأزواج مع الأدب، فأما إذا فعل ذلك بزوجته فقال ها هنا لا شيء عليه معناه أنه ليس عليه أدب إلا ما شأنها به إن أمسكها ولم يطلقها، ولا يجب عليه بذلك جميع صداقها إن طلقها قبل أن يمسها، يريد ويكون عليه إن فعل ذلك ما شأنها فعله عند غيره من الأزواج. وفي سماع أصبغ من ابن القاسم أن ذلك من الزوج كالوطء يجب به جميع الصداق. وقال أصبغ: القياس أنه في الأصبع وغيره سواء، يريد أنه يجب عليه بذلك إن طلقها قبل أن يمسها ما شأنها به عند غيره من الأزواج لا في وجوب الأدب، فقول أصبغ في سماعه مثل قول ابن القاسم هنا اهـ. وقال ابن شاس: لو أزال بكارة زوجته بأصبعه ثم طلقها فعليه قدر ما شأنها مع نصف الصداق، وينظر ما شأنها عند الأزواج في مالها وجمالها اهـ. وقال ابن الحاجب: ولو أزال البكارة بأصبعه فحكومة. قال في التوضيح: فعلى الزوج حكومة وعليه نصف الصداق إن طلق وهو القياس عند أصبغ ولابن القاسم لها الصداق كاملاً. اهـ. وظاهره أن الحكومة تجب على الزوج ولم لم يطلق وهو خلاف ما تقدم عن ابن رشد؛ فيقيد كلام التوضيح بأن ذلك بعد الطلاق وكلام ابن الحاجب بعده يقوي الإبهام لأنه قال بعده: والزوج وغيره فيهما سواء. قال في التوضيح: أي في الإفضاء والبكارة سواء أي في لزوم الدية والحكومة على القولين في الإفضاء ولزوم الحكومة في البكارة انتهى. فيقيد كلامه بكلام ابن رشد. وانظر المسألة أيضاً في رسم الرطب باليابس من سماع ابن القاسم من كتاب الجنايات.

ص: **(وفي كل سن خمس من الإبل)** ش: قال في المتيطية: في كل سن خمس من الإبل وهي خمسون ديناراً على أهل الذهب، وستمائة درهم على أهل الورق.

أنملتان في كل واحد منهما نصف الأرش. قال سحنون: ورجع مالك إلى أن في الإبهام ثلاث أنامل وأخذ أصحابه بقوله الأول. الباجي: وجه قوله الأول أنه لو لزم في بقية الإبهام الذي في الكف دية للزم في سائر الأصابع أن يكون لها في مثل ذلك دية أنملة رابعة **(وفي الأنملة الزائدة القوية عشر إن أفردت)** ولو قال عشر مطلقاً وإلا فحكومة إن انفردت لتنزل على ما يتقرر في العتبية. قال ابن القاسم فيمن له ست أصابع: إن كانت السادسة قوية ففيها عشر ولو قطعت عمداً إذ لا قصاص وفي كل يدها ستون، وإن كانت ضعيفة ففيها حكومة إن انفردت. وإن قطعت يده فلا يزاد لهذه السادسة الضعيفة شيء، وأما إن قطعت يده عمداً فله أن يقتص ويأخذ دية السادسة إن كانت قوية انتهى. انظر هذا مع قوله: «وتقطع اليد الناقصة أصبعاً بالكاملة فلا غرم». ابن رشد: صفة الحكومة فيها أن ينظر كم ينقص ذهابها من قيمته لو كان عبداً فيؤخذ ذلك القدر من ديته **(وفي كل سن خمس)** من المدونة: في كل سن من الإنسان خمس من الإبل، الأسنان والأضراس سواء. ابن رشد: الأسنان اثنا عشر سناً: أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربع أنياب. والأضراس عشرون: أربع ضواحك، واثنا عشر رحى ثلاث في كل شق، وأربع نواجذ لجميع دياتها على قول مالك مائة وستون بعيراً. اللخمي:

وَإِنْ سَوْدَاءَ بِقَلْعٍ، أَوِ ٱسْوِدَادٍ؛ أَوْ بِهِمَا، أَوْ بِحُمْرَةٍ أَوْ بِصُفْرَةٍ، إِنْ كَانَا عُرْفاً: كَالسَّوَادِ، أَوْ بِاضْطِرَابِهَا جِدًّا، وَإِنْ ثَبَتَتْ لِكَبِيرٍ قَبْلَ أَخْذِ عَقْلِهَا: أَخَذَهُ كَالْجِرَاحَاتِ الأَرْبَعِ، وَرُدَّ فِي عَوْدِ الْبَصَرِ وَقُوَّةِ الْجِمَاعِ؛ وَمَنْفَعَةِ اللَّبَنِ، وَفِي الأُذُنِ إِنْ ثَبَتَ: تَأْوِيلاَنِ، وَتَعَدَّدَت الدِّيَةُ بِتَعَدُّدِهَا،

فرع: إذا أخذت دية السن أو الأصابع والجراح من الإبل فتؤخذ مخمسة من الأصناف الخمسة بنات المخاض وبنات اللبون وبنو اللبون والحقات والجذعات. قاله في النوادر. ص: **(واسوداد)** ش: فإن انقلعت ففيها دية أخرى. قاله في التوضيح فانظره ص: **(فإن ثبتت لكبير)** ش: أي فإن ثبتت سن الكبير بعد قلعها وقبل أن يأخذ عقلها فإنه يأخذ العقل. وهذا إذا قلعت السن، وأما لو اضطربت جداً ثم ثبتت فإنه لا شيء فيها كما يفهم ذلك من كلام التوضيح

النواجذ سن التحليم التي يخرج أقصاها بعد الكبر **(وإن سوداء)** من المدونة: في السن السوداء خمس من الإبل مثل الصحيحة. وفي الموطأ: إن اسودت السمن ثم عقلها فإن طرحت بعدما اسودت ففيها عقلها أيضاً، ونقله الجلاب والتلقين عن المذهب **(بقلع أو اسوداد أو حمرة أو صفرة إن كان عرفاً كالسواد)** ابن شاس: في كل سن خمس قلعت من أصلها أو بقي سمتها. ابن الحاجب: قلعت من أصلها أو من لحمها بقلعها أو باسودادها أو بهما، ومن المدونة قيل: إن ضربه فاسودت سنه أو اصفرت أو احمرت أو اخضرت؟ قال: إن اسودت ثم عقلها والحمرة والخضرة والصفرة إن كان ذلك كالسواد ثم عقلها وإلا فعلى حساب ما نقص **(وباضطرابها جداً)** من المدونة: إن ضربت سنه فتحركت فإن كان اضطراباً شديداً ثم عقلها وإن كان ضعيفاً عقل بقدره. وفي الموازية: وينتظر بالشديدة الاضطراب سنة **(وإن ثبتت لكبير قبل أخذ عقلها أخذه)** من المدونة: من طرحت سنه عمداً فثبتت فله القود فيها والإذن كذلك، ولو رد السن في الخطأ فثبت كان له العقل **(كالجراحات الأربعة)** ابن شاس: هي الموضحة. إذا برئت وعادت لهيئتها لم يسترد أرشها، وكذلك سائر الجراحات الأربع، وكذلك لو جرح ثانية في الموضع نفسه لكان فيه دية أيضاً **(ورد في عود البصر)** ابن شاس: إذا عاد البصر استردت ديته عند ابن القاسم **(وقوة الجماع)** ابن عرفة: قول ابن شاس إن رجعت إليه قوة الجماع رد ديته صواباً **(ومنفعة اللبن)** اللخمي: إن أفسد مخرج اللبن ولم يقطع من الثديين شيئاً وجبت ديتهما عند مالك فلو عاد اللبن ردت إليه. ابن عرفة: ظاهر أقوالهم فساده من العجوز كغيرها. وفي المدونة: ليس في ثديي الرجل إلا الاجتهاد **(وفي الأذن إن ثبتت تأويلان)** قال مالك في المدونة: من قطعت أذنه عمداً فردها فثبتت فله القود فيها والسن كذلك، ولو رد السن في الخطأ لكان له العقل، ومن العتبية قال ابن القاسم: من قطع أذن رجل فردها فثبتت، فإن عادت لهيئتها فلا عقل له فيها، وإن كان في ثبوتها ضعف فله بحساب ما يرى من نقص قوتها. قيل له: فالسن تطرح ثم يردها صاحبها فثبتت؟ قال: يغرم عقلها تاماً. والفرق بينهما أن الأذن إذا ردت استمسكت وعادت لهيئتها وجرى فيها الدم، والسن لا يجري فيها دم ولا تعود كما كانت أبداً وإنما ترد للجمال. انتهى ما لابن يونس عند مالك وابن القاسم ونحوه في النكت **(وتعددت الدية بتعددها)** ابن عرفة: قول ابن شاس: «لو

إِلاَّ المَنْفَعَةَ بِمَحَلِّهَا، وَسَاوَتِ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ لِثُلُثِ دِيَتِهِ، فَتَرْجِعُ لِدِيَتِهَا، وَضُمَّ مُتَّحِدُ الفِعْلِ، أَو فِي حُكْمِهِ، أَو المَحَلُّ فِي الأَصَابِعِ لاَ الأَسْنَانِ،

في شرح قول ابن الحاجب. واشتداد اضطرابها فيمن لا يرجى كقلعها فإنه قال: قال ابن

ضرب صلبه فبطل قيامه وقوة ذكره حتى ذهب منه أمر النساء لم يندرج ووجبت ديتان» كقولها من شج رجلاً موضحة خطأ فذهب من ذلك سمعه وعقله فعلى عاقلته ديتان ودية الموضحة **(إلا المنفعة بمحلها)** قد تقدم أن في ذهاب قوة الجماع الدية وفي قطع الذكر دية واحدة واندرجت قوة الجماع. وقال ابن الحاجب: كذلك في الشم أن فيه الدية ويندرج في الأنف كالبصر مع العين والسمع مع الأذن **(وساوت المرأة الرجل بثلث ديته فترجع لديتها)** من المدونة: المرأة تعاقل الرجل في الجراح إلى ثلث ديته لا تستكمله، فإذا بلغت ذلك رجعت إلى عقل نفسها، وتفسير ذلك أن لها في ثلاث أصابع ونصف أنملة إحدى وثلاثين بعيراً وثلثي بعير، والرجل في هذا وهي سواء. وإذا أصيب منها ثلاث أصابع وأنملة رجعت إلى عقلها فكان لها في ذلك ستة عشر بعيراً وثلثا بعير، وكذلك مأمومتها وجائفتها إنما لها في كل واحدة منهما ستة عشر بعيراً وثلثا بعير. وفي الموطأ عن ربيعة قلت لابن المسيب: كم في ثلاث من أصابع المرأة؟ قال: ثلاثون. قلت: وكم في أربع؟ قال: عشرون: قلت: حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها؟ قال: أعراقي أنت؟ قلت: بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال: هي السنة **(وضم متحد الفعل أو في حكمه أو المحل في الأصابع فلو تعدد الفعل والمحل فلا ضم)** من المدونة: يجب ضم قطع أصابع المرأة بعضها لبعض باتحاد يدها أو في فور ضربها وإلا فلا، وحيث يجب فما بلغ به عقلها ثلث عقل الرجل رجعت لعقلها، وما لا يبلغه منها فيه عقله وما يضم اعتبر كأنه أول. ابن عرفة: وقول ابن عبد السلام لا ينطبق قول ابن الحاجب على هذا المعنى راجعه فيه قال: ولا يشترط في ضم الأصابع باتحاد الضربة كون ضمها لمثلها، بل لو كان لغير مثلها فكذلك لو ضربت ويدها على رأسها فقطع لها أصبعان وشجت منقلة رجعت في ذلك إلى عقلها. وقال مالك: إن قطع لها ثلاثة أصابع من كف واحد فلها ثلاثون من الإبل، ثم إن قطع لها من تلك اليد أصبع أو الأصبعان الباقيان فليس لها في كل أصبع من هذين إلا خمس من الإبل. قال: ولو قطع لها ثلاث أصابع فأخذت ثلاثين بعيراً ثم قطع لها من اليد الأخرى ثلاثة أصابع في مرة أو مرتين، ألا ترى فيها الحكم كالأولى فيكون لها في الثلاث أصابع ثلاثون بعيراً؟ ولو ضرب رجل امرأة ضربة واحدة قطع لها أربعة أصابع أصبعين من هذه اليد وأصبعين من هذه اليد لكان لها عشرون بعيراً. ابن يونس: كما لو قطعها من يد واحدة ثم لو ضربها أيضاً رجل ضربة واحدة فقطع أصبعين، أصبعاً من هذه اليد وأصبعاً من اليد الأخرى، لكان لها عشرون من الإبل، عشرة في كل أصبع. ثم لو ضربها بعد ذلك رجل ضربة فقطع لها أصبعين من هذه اليد وأصبعاً من اليد الأخرى لكان فيه خمس من الإبل. ولو ضرب رجل امرأة فقطع لها أربعة أصابع، ثلاثة من هذه اليد وأصبعاً من اليد الأخرى، لكان لها عشرون بعيراً، خمس لكل أصبع. ثم لو ضرب بعد ذلك رجل ضربة واحدة فقطع لها أصبعين، أصبعاً من هذه اليد وأصبعاً من اليد الأخرى، لأخذت عشرة أبعرة في الأصبع المقطوعة من

وَالمَرَاضِحِ، وَالـمَنَاقِلِ، وَعَمْدٍ لِخَطإٍ، وَإِنْ عَفَتْ، وَنُجِّمَتْ دِيَةُ الْحُرِّ الْخَطإِ، بِلاَ آعْتِرَافٍ عَلَى العَاقِلَةِ وَالجَانِي، إِنْ بَلَغَ ثُلُثَ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ الجَانِي،

القاسم: ويستأنى بها سنة اهـ. ص: **(على العاقلة والجاني)** ش: ما ذكره من دخول الجاني هو المشهور، وقيل لا يدخل ابن عرفة: وعليه إن لم تكن عاقلة تسقط الجناية وعلى الأول إن لم يجد من يعينه فيها عادت عليه. وقيل: على بيت المال. فإن لم يكن أو عسر تناولها كانت عليه اهـ. والقول الثاني من هذين القولين المفرعين على الأول وهو الجاري على كلام المؤلف والله أعلم.

فرع: لا تحمل العاقلة جناية العبد. قال في التوضيح؛ لأنه إن جنى عمداً اقتص منه وإن جنى خطأ ففي رقبته اهـ. وكذا لا تعقل العاقلة من قتل نفسه وكذلك الصلح. قال في التوضيح: لأنه إن كان عما يلزم العاقلة من دية الخطأ فمن حق العاقلة أن ترده إن شاءت، وإن كان عن عمد فلا يلزمها الأصل ولا الفرع اهـ. ص: **(إن بلغ ثلث دية المجني عليه أو الجاني)** ش: هذا هو المشهور. قال في التوضيح: وحكى اللخمي عن أشهب أن العاقلة لا تحمل إلا

اليد التي كان انقطع منها قبل ذلك أصبع وتأخذ خمسة أبعرة في الأصبع من اليد الأخرى، والرجلان في هذا مثل اليدين. قال ابن القاسم: ولو قطع لها ثلاثة أصابع عمداً ثم قطع لها الأصبعان الباقيان من تلك اليد خطأ لكان لها فيها عشرون بعيراً، إنما يضاف بعض الأصابع إلى بعض في الخطأ **(لا الأسنان)** ابن المواز: واختلف قول ابن القاسم في الأسنان فجعلها مرة كالأصابع تحسب بما تقدم إلى ثلث الدية. والذي رجع إليه أن في كل سن خمساً من الإبل ولا تحاسب بما تقدم. وإن أتى على جميع الأسنان ما لم يكن في ضربة واحدة بخلاف الأصابع. قال أصبغ: وهذا أحب إلي. وعبارة ابن عرفة: تضم الأسنان باتحاد الضربة، واختلف قول ابن القاسم في ضمها باتحاد محلها. أصبغ: عدم الضم أحب إلي واختاره محمد **(والمواضح والمناقل)** من ابن يونس: لو ضربها منقلة ثم منقلة فلها في ذلك ما للرجل إذا لم يكن في فور واحد، وكذلك لو كانت المنقلة الثانية في موضع الأول نفسه بعد برئها فلها فيها مثل ما للرجل، وكذلك المواضح، ولو أصابها في ضربة بمناقل أو بمواضح تبلغ ثلث الدية رجعت فيها إلى عقلها، يريد وكذلك لو كان ذلك في فور واحد كالسارق ينقل من الحرز قليلاً قليلاً في فور واحد إما لضعفه أو لئلا يقطع فهي سرقة واحدة. قال مالك: إذا كان الضرب في فور واحد فهو كضربة واحدة إلا أن يريد ضربة واحدة ثم يبدو له فيضرب أخرى **(وعمد لخطأ أو إن عفت)** تقدم نص المدوّنة قبل قوله: «لا الأسنان» إنه لا يضم عمد لخطأ **(ونجمت دية الحر في الخطأ بلا اعتراف على العاقلة والجاني)** من المدونة: إن قتل مسلم ذمياً خطأ حملت عاقلته الدية في ثلاث سنين. ابن شاس: والديات كلها دية المسلم والمسلمة والذمي والذمية والمجوسي والمجوسية إذا وقعت تحملها العاقلة في ثلاث سنين. قال مالك: ويؤدّي الجاني مع العاقلة. ابن شاس: وما اعترف به الجاني حمله ولا تحمله عاقلته **(إن بلغت ثلث دية المجني عليه أو الجاني)** من المدونة: الأصل في هذا أن

وَمَا لَمْ يَبْلُغْ: فَحَالٌّ عَلَيْهِ: كَعَمْدٍ، وَدِيَةٍ غُلِّظَتْ،

ما زاد على الثلث انتهى. وفهم من هذا الشرط أن الغرة لا تحملها العاقلة وهو المشهور. قال ابن الحاجب: في مال الجاني. قال في التوضيح: هذا مذهب المدونة: وروى أبو الفرج أن العاقلة تحملها لأنها دية شخص قائم بنفسه والأول يقيد بأن لا يكون ثلث دية الجاني ففي المدونة: وإن ضرب مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ فألقت جنيناً ميتاً حمله عاقله الضارب اهـ.

فرع: لو جنى عليه ما لا تحمله العاقلة فسرى إلى ما تحمله حملت الجميع. قال ابن الحاجب: ولو شجه موضحة خطأ فذهب سمعه وعقله فديتان ونصف عشر على العاقلة، وكذلك لو شجه موضحة ومأمومة بضربة واحدة. قال في التوضيح: نحوه في المدونة هو ظاهر على مذهب مالك الذي يرى العقل في القلب. وأما على قول عبد الملك فإذا كانت الموضحة في اللحم الأعلى من الوجه سقطت دية الموضحة اهـ. لأنه يرى أن محل العقل الرأس تسقط دية الموضحة لاندراجها في دية العقل لاتحاد المحل. وكلام المؤلف مخالف لكلام ابن عبد السلام إذا قال ما نصه: هذا ظاهر على قول من يرى أن محل العقل القلب، أما من يراه الدماغ فينظر في الموضحة فإن كانت في الفك الأعلى من الوجه فكذلك وإن كانت في الدماغ فيستغنى بدية العقل عن دية الموضحة. وليس مراد المؤلف هنا تحقيق هذا المعنى وإنما مراده أن الضربة الواحدة إذا كان عنها جرحان أو جراحات يقصر بعضها عن ثلث الدية وكان في المجموع ما يبلغ ثلث الدية فأكثر أن العاقلة تحمله ولهذا عقب هذا الكلام بقوله «وكذا لو شجه موضحة» انتهى. قال في آخر كتاب الجراح من المدّونة: ومن شج رجلاً ثلاث مأمومات في ضربة واحدة ففيها الدية كاملة، وإن شجه ثلاث منقلات في ضربة واحدة حملته العاقلة لأن هذا يبلغ أكثر من الثلث، وإن كان ذلك في ثلاث ضربات كان ضرباً متتابعاً لم يقلع عنه فهو كضربة واحدة تحمله العاقلة، وإن كان مفرقاً في غير فور واحد لم تحمله العاقلة انتهى. ثم قال في التوضيح: واحترز بقوله «خطأ» مما لو كانت عمداً فإنه يقتص له من الموضحة، فإن ذهب عقل المقتص منه وسمعه فواضح، وإن لم يذهب ذلك فدية ذلك في مال الجاني. وقوله «بضربة واحدة» احتراز من ضربتين فإن العاقلة لا تحمل الموضحة حينئذ لأنها دون الثلث انتهى. ص: **(ودية غلظت)** ش: قال في المسائل الملقوطة: الدية المغلظة تكون في شبه العمد وهو

الجناية إذا بلغت ثلث دية الجاني والمجني عليه حملته العاقلة، فإذا قطع مسلم أصبع مسلمة حمل ذلك عاقلته لأن ذلك أكثر من ثلث ديتها وما لم يبلغ فحال عليه. ابن عرفة: ما دون الثلث في مال الجاني حالة ـ قاله في المدونة كعمد الرسالة ـ لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعتراف به، قال مالك: إذا أقر بقتل الخطأ ثم رجع عن إقراره قبل منه، وإذا أقر بقتل العمد ثم رجع لم يقبل منه. قال عبد الوهاب في الموضعين: فهو رجوع عن إقرار بقتل. ابن الحاجب: الدية في العمد وفيما لم يبلغ الثلث على الجاني حالة. انظر الجلاب **(ودية غلظت)** ابن الحاجب: الدية المغلظة على الجاني على المشهور **(وساقط لعدم)** من

وَسَاقِطٍ لِعَدَمِهِ إِلاَّ مَا لاَ يُقْتَصُّ مِنْهُ مِنَ الْجُرْحِ لِإِتْلاَفِهِ، فَعَلَيْهَا، وَهِيَ الْعَصَبَةُ، وَبُدِىءَ بِالدِّيوَانِ، إِنْ أُعْطُوا ثُمَّ بِهَا الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ، ثُمَّ المَوَالِي الأَعْلَوْنَ، ثُمَّ الأَسْفَلُونَ، ثُمَّ بَيْتُ المَالِ إِنْ كَانَ الجَانِي

ضرب الزوج والمؤدب والأب في ولده والأم والأجداد وفعل الطبيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعاً. وقيل: اللطمة والوكزة والرمية بالحجر والضرب بعصاة متعمداً فهذا شبه العمد لا يقتص منه وتكون فيه دية مغلظة انتهى.ص: **(ثم بها الأقرب فالأقرب)** ش: قال ابن الحاجب: ويبدأ بالفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم الفصيلة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل.

فائدة: أسماء طبقات قبائل العرب ستة: الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم الفخذ ثم البطن ثم الفصيلة. وزاد بعضهم العشيرة. فالشعب بالفتح كما قاله في القاموس والقرطبي في تفسيره مأخوذ من شعب الرأس بالفتح أيضاً. وهو شأنه الذي يضم قبائله كما قاله في الصحاح. والشأن واحد الشؤون وهو تواصل قبائل الرأس وملتقاها ومنها تجيء الدموع. قاله في الصحاح. والقبيلة مأخوذة من قبائل الرأس. قال في الصحاح: وهو العظام المتشعب بعضها إلى بعض يصل بها الشؤون وبها سميت قبائل العرب، والواحدة قبيلة وهم بنو أب واحد، والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعداً من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب والجمع قبيل. وقوله سبحانه ﴿وحشرنا عليهم كل شيء قبلاً﴾ [الأنعام: ١١١] وقال الأخفش: قبيلاً قبيلاً. وقال الحسن: عياناً انتهى. وقبائل الرأس أربع قطع الشعب بالفتح من الأضداد. قاله القرطبي. وقال في الصحاح: والشعب الصدع في الشيء وإصلاحه أيضاً الشعب ومصلحه الشعاب والآلة

المدونة: إذا فقأ أعور العين اليمنى يمنى رجل صحيح عمداً فعليه خمسمائة دينار في ماله، وهو كأقطع اليد اليمنى يقطع يمنى رجل فدية الرجل في مال الجاني ولا يقتص من اليسرى باليمين **(لا ما لا يقتص فيه من الجرح لإتلافه فعليهما)** من المدونة: عقل الجائفة والمأمومة عمداً على العاقلة ولو كان للجاني مال وعلى هذا ثبت مالك ابن القاسم وبه أقول **(وهي العصبة)** الجلاب: العاقلة هم العصبة قربوا أو بعدوا، ولا يحمل النساء ولا الصبيان شيئاً من العقل، وليس لأموال العاقلة حد إذا بلغته عقلوا ولا لما يؤخذ منهم حد ولا يكلف أغنياؤهم الأداء عن فقرائهم، ومن لم تكن له عصبة فعقله في بيت مال المسلمين، والموالي بمنزلة العصبة من القرابة، ويدخل في القرابة الابن والأب. سحنون: إن كانت العاقلة ألفاهم قليل فيضم إليهم أقرب القبائل إليهم **(وبدىء بالديوان إن أعطوا)** ابن شاس: إذا كان القاتل من أهل ديوان مع غير قومه حملوا عنه دون قومه. أشهب: وهذا في ديوان عطاؤه قائم **(ثم بها الأقرب فالأقرب)** اللخمي: إن كانت عاقلته قليلة حمل عليهم ما يحملونه وما بقي على بيت المال. ابن عرفة: وإذا عجز أهل الديوان عن حمله استعانوا بالعصبة، وروى ابن وهب: إن لم يكن ديوان جعل على فخذ الجاني إن كان بينهم محمل وإلا ضم إليهم الأقرب فالأقرب من قبائلهم إن كانوا أهل بلد واحد **(ثم الموالي الأعلون ثم الأسفلون ثم بيت المال إن كان الجاني مسلماً)** ابن عرفة: الرواية واضحة بتأخر درجة المولى الأعلى عن العصبة ثم المولى الأسفل ثم بيت المال إن كان الجاني

مُسْلِماً، وَإِلاَّ فَالذِّمِّيُّ: ذَوُو دِينِهِ، وَضُمَّ كَكُورِ مِصْرَ وَالصُّلْحِيُّ: أَهْلُ صُلْحِهِ، وَضُرِبَ عَلَى كُلِّ مَا لاَ يَضُرُّ، وَعُقِلَ عَنْ صَبِيٍّ، وَمَجْنُونٍ، وَٱمْرَأَةٍ، وَفَقِيرٍ، وَغَارِمٍ وَلاَ يَعْقِلُونَ، وَالْمُعْتَبَرُ: وَقْتُ الضَّرْبِ لاَ إِنْ قَدِمَ غَائِبٌ، وَلاَ يَسْقُطُ لِعُسْرِهِ أَوْ مَوْتِهِ، وَلاَ دُخُولَ، لِبَدَوِيٍّ مَعَ حَضَرِيٍّ، وَلاَ شَامِيٌّ مَعَ مِصْرِيٍّ مُطْلَقاً: الْكَامِلَةُ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ: تَحِلُّ بِأَوَاخِرِهَا مِنْ يَوْمِ الْحُكْمِ وَالثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ بِالنِّسْبَةِ، وَنُجِّمَ فِي النِّصْفِ وَالثَّلاَثَةِ الأَرْبَاعِ بِالتَّثْلِيثِ

مشعب انتهى. وقيل: سميت قبائل لتقابل الأنساب فيها. والعمارة بالفتح وقد تكسر قاله في

مسلماً. قاله في المدونة **(وإلا فالذمي ذو دينه)** روى محمد: عاقلة النصراني واليهودي والمجوسي على أهل إقليمه الذين يجتمعون معه في أداء الجزية، ومن المدونة: إذا كان عبد نصراني بين مسلم ونصراني فأعتقاه ثم جنى جناية فنصفها على بيت المال لا على المسلم لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمي الذين يؤدون معه **(وضم ككور مصر والصلحى أهل صلحه)** تقدمت رواية ابن وهب إن لم يكن في فخذ الجاني محمل ضم إليهم الأقرب فالأقرب من قبائلهم إن كانوا أهل بلد واحد مثل مصر والشام. ابن سحنون: يضم عقد أفريقية بعضهم لبعض من طرابلس إلى طبنة. ذكر أن طبنة قرب بجاية. ومن المدونة: لا يعقل أهل مصر مع أهل الشام ولا أهل البدو مع أهل الحضر إذ لا يكون في دية واحدة إبل ودنانير **(وضرب على كل ما لا يضر)** ومن المدونة: ويحمل الغني بقدره والفقير بقدره وذلك على قدر طاقة الناس في يسرهم. وروي أيضاً عن مالك: محمل كل رجل من العاقلة ربع دينار. انظر هذا مع قوله: «وهل حدها سبعمائة» **(وعقل عن صبي ومجنون وامرأة وفقير وغارم ولا يعقلون)** ابن شاس: يشترط في صفة العاقلة التي تضرب عليهم الدية الحرية والتكليف والذكورة والموافقة في الدين واليسار، فلا تضرب على عبد ولا صبي ولا امرأة ولا مخالف في الدين، ولا يضرب على فقير إن كان يعتمل. ابن حبيب: وهي على السفيه المولى عليه بقدر حاله **(والمعتبر وقت الضرب)** ابن حارث: اتفقوا على أنه لا ينظر إلى العاقلة يوم الموت بل يوم الفرض، وأنها إن فرضت ثم كبر الصبي وأيسر المعدم وأفاق المجنون أنه لا يرجع على أحد من هؤلاء بشيء **(لا إن قدم غائب)** عبد الملك: لا يتوقف فيما حكم بعد قسمها لعدم يحدث بعد ملاء أو يسار بعد عدم أو قدوم غائب أو عتق أو احتلام. وقال اللخمي: من خرج لحج أو غزو دخل إذا قدم **(ولا يسقط بعسره أو موته)** ابن شاس: إن مات من جعل عليه بقدره لم يزل ما جعل عليه، وكذلك لو أعدم ولا يزاد على من أيسر منهم **(ولا دخول لبدوي مع حضري ولا شامي مع مصري)** تقدم نص المدونة بهذا عند قوله: «وضم ككور مصر» **(مطلقاً)** ابن الحاجب: لا دخول للبدوي مع الحضري إن كان من قبيلته عند ابن القاسم، كما لا يدخل أهل مصر مع أهل الشام وإن كانوا أقارب **(الكاملة في ثلاث تحل بأواخرها من يوم الحكم)** ابن شاس: أما الأجل فهو في الدية الكاملة ثلاث سنين يؤخذ ثلثها في آخر كل سنة. زاد ابن الحاجب من يوم الحكم **(والثلث والثلثان بالنسبة)** عبد الوهاب: في أبعاض الدية روايتان عن مالك الحلول والتأجيل فإن ثلثها في سنة وثلثيها في سنتين **(ونجم في النصف وثلاثة الأرباع بالتثليث**

ثُمَّ لِلزَّائِدِ سَنَةٌ وَحُكْمُ مَا وَجَبَ عَلَى عَوَاقِلَ بِجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ: كَحُكْمِ لِوَاحِدَةٍ كَتَعَدُّدِ الْجِنَايَاتِ عَلَيْهَا، وَهَلْ حَدُّهَا سَبْعُمَائَةٍ أَوْ الزَّائِدُ عَلَى أَلْفٍ؟ قَوْلاَنِ

القاموس. مأخوذة من عمارة الإنسان وهو صدره لأنه موضع القلب وهو عمارة الجسد والبطن لأن بطون الإنسان تحت صدره والفخذ كذلك. والفصيلة قال في الذخيرة: وهو ما تحت الفخذ لأن به يفصل خلقه من غيره وينقطع آخره انتهى. فهذا هو الترتيب المعروف. وقال في الصحاح: الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فقدم الفصيلة. قال في الذخيرة: فخالف غيره مع أنه قدم في باب أن فصيلة الرجل رهطه الأقربون والرهط قبيلة الرجل وقومه التي تنصره. قال الله تعالى ﴿ولولا رهطك لرجمناك﴾ [هود: ٩١] انتهى. وعلى ما ذكره الجوهري تكون الفصيلة كالعنق من الإنسان لأنه يفصل بين الرأس والجسد. قاله في الذخيرة. فخزيمة شعب، كنانة قبيلة، وقريش عمارة، قصي بطن، هاشم فخذ، العباس فصيلة، العشيرة الإخوة والله أعلم. وقد نظم ذلك بعضهم فقال:

اقصد الشعب فهو أكبر حي ... عدا في العدا ثم القبيلة
ثم يتلوهما العمارة ثم الـ ... ـبطن والفخذ بعدها والفصيلة
ثم من بعدها العشيرة لكن ... هي في جنب من ذكرنا قليله

وقال آخر:

قبيلة قبلها شعب وبعدهما ... عمارة ثم بطن والفخذ تليهما
وليس يأوي الفتى إلا فصيلته ... ولا شداد له إلا عشيرته

والشعب رؤوس القبائل مثل عدنان وقحطان والأوس والخزرج، والقبائل ما انقسمت فيها

ثم للزائد ستة) من المدونة: أما نصفها فقال مالك فيه: مرة يؤخذ في سنتين أو سنة ونصف. وقال أيضاً: يجتهد فيه الإمام، قال ابن القاسم: وفي سنتين أحب إلي قال: وثلاثة أرباعها في ثلاث سنين. وقال في خمسة أسداسها يجتهد الإمام في السدس الباقي **(وحكم ما وجب على عواقل بجناية واحدة كحكم الواحدة)** من المدونة: إذا قتل عشرة رجال رجلاً خطأً وهم من قبائل شتى فعلى كل قبيلة كل رجل عشر الدية في ثلاث سنين **(كتعدد الجنايات عليها)** هكذا قول ابن الحاجب، وقد تقدم نص المدونة: من شج رجلاً موضحة فذهب من ذلك سمعه وعقله فعلى عاقلته ديتان ودية الموضحة لأنها ضربة واحدة **(وهل حدها سبعمائة أو الزائد على الألف قولان)** روى الباجي: لا حد لعدد من تقسم عليهم الدية من العاقلة وإنما ذلك بالاجتهاد، وقال سحنون: أقلها سبعمائة رجل. ابن عات: المشهور عنه أي عن سحنون إن كانت العاقلة ألفاً فهم قليل فيضم إليهم أقرب القبائل إليهم. وفي المدونة: لم يحد مالك في ذلك حداً وقد كان يحمل على الناس في أعطياتهم عن كل مائة درهم ونصف. وروى أيضاً عنه ربع دينار.

وَعَلَى الْقَاتِلِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ، وَإِنْ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُوناً، أَوْ شَرِيكاً إِذَا قَتَلَ مِثْلَهُ مَعْصُوماً خَطَأً: عِتْقُ رَقَبَةٍ، وَلِعَجْزِهَا شَهْرَانِ: كَالظِّهَارِ، لاَ: صَائِلاً، وَقَاتِلِ نَفْسِهِ:

أنساب الشعب مثل ربيعة ومضر، والعمارة ما انقسمت فيها أنساب القبيلة مثل كنانة وقريش، والبطن ما انقسمت فيها أنساب العمارة مثل عبد مناف وبني مخزوم، والفخذ ما انقسمت فيه أنساب البطن مثل بني هاشم وبني أمية، والفصيلة ما انقسمت فيها أنساب الفخذ مثل بني العباس وبني أبي طالب. قال النووي في التهذيب عن الماوردي: فإذا تباعدت الأنساب صارت القبائل شعوباً والعمائر قبائل انتهى. والعشيرة مثل أولاد العباس وأولاد أبي طالب بالنسبة إلى أنفسهم. وقيل: الشعوب عرب اليمن مثل قحطان، والقبائل مثل ربيعة ومضر. وقيل: الشعوب بطون العجم، والقبائل بطون العرب. قال القشيري: وعلى هذا فالشعوب من لا يعرف لهم نسب كالسند والترك والقبائل من العرب. وعن ابن عباس: الشعوب الموالي والقبائل العرب والله أعلم. ص: **(ثم بيت المال)** ش: ابن عرفة: روى محمد بن أسلم. من لا قوم له فالمسلمون يعقلون عنه. اللخمي: إن كانت له عاقلة قليله لم يكن فيها ما يحمل أقلتهم حمل عليهم ما يحملون والباقي على بيت المال انتهى. قلت: عزوه للشيخ ابن أبي زيد يقتضي أنه لم يقف عليه في المدونة، والمسألة: في كتاب الولاء والمواريث من المدونة ونصها: ومن أسلم من الذميين فعقلهم وحرائر أموالهم على بيت المال ويرثهم المسلمون إن لم يكن لهم ورثة مسلمون يعرفون، وكذلك من أسلم من الأعاجم والبربر والسودان والقبط ولا موالي لهم فعقلهم على المسلمين وميراثهم لهم انتهى. وفيها أيضاً: وإذا كان عبد مسلم لقرشي وذمي فأعتقاه معاً فولاء حصة الذمي للمسلمين. ولو كان العبد نصرانياً فأعتقاه معاً ثم جنى جناية كان نصفها على بيت المال لا على المسلم لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمي الذين يؤدون معه الجزية. ولو أسلم العبد بعد العتق ثم جنى كانت حصة الذمي من جنايته على المسلمين دونهم لأنهم ورثوا حصته، والنصف على قوم القرشي. انظر بقية كلامه في المدوّنة وكلام أبي الحسن عليها وغيره. ص: **(وعلى القاتل الحر)** ش: قال ابن فرحون في الفصل التاسع من القسم الثالث من التبصرة.

انظر قبل قوله: «وعقل عن صبي» **(وعلى القاتل الحر المسلم وإن صبياً أو مجنوناً أو شريكاً إذا قتل مثله معصوماً خطأ عتق رقبة)** الجلاب: الكفارة في قتل الخطأ واجبة. ابن شاس: كل حر مسلم قتل حراً مسلماً معصوماً خطأ فعليه تحرير رقبة، وتجب في مال الصبي والمجنون. ابن عرفة: لم أجد هذا في المذهب. ومن المدونة: على كل واحد من الشركاء في دية واحدة خطأ كفارة **(ولعجزها شهران)** الجلاب: من لم يجد رقبة فصيام شهرين متتابعين، فمن لم يستطع انتظر القدرة على الصيام أو وجود الرقبة ولا يجزيه الإطعام **(كالظهار)** ابن عرفة: شرط الرقبة كالظهار وشرط إيمانها نص **(لا صائل وقاتل نفسه)** ابن شاس: لا تجب الكفارة في قتل الصائل ولا قاتل نفسه. ابن عرفة: هذا

كَدِيَتِهِ، وَنُدِبَتْ فِي جَنِينٍ، وَرَقِيقٍ، وَعَمْدٍ، وَعَبْدٍ، وَعَلَيْهِ مُطْلَقاً: جَلْدُ مَائَةٍ، وَحَبْسُ سَنَةٍ، وَإِنْ بِقَتْلِ مَجُوسِيٍّ، أَوْ عَبْدِهِ، أَوْ نُكُولِ المُدَّعِي عَلَى ذِي اللَّوْثِ وَحَلِفِهِ،

فرع: لو سقت ولدها دواء فشرق فمات فلا شيء عليها، وكذا لو انقلبت على ولدها وهي نائمة فلا شيء عليها غير الكفارة انتهى.

مسألة: سقي الدواء ذكرها في العتبية في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الديات، ومسألة النائمة تنقلب على ولدها وهي نائمة فيموت ذكرها في المدوّنة في كتاب الديات في باب ما أصاب النائم والنائمة، وزاد: وديته على عاقلتها ونصه: وإذا نامت امرأة على ولدها فقتلته فديته على عاقلتها وتعتق رقبة انتهى. وقال المشذالي في حاشيته عند قوله في كتاب الديات من المدونة: وإذا وجد قتيل في محلة قوم أو دارهم ولا يدري من قتله لم يؤخذ به أحد ويبطل دمه ولا يكون من بيت المال ولا غيره ما نصه.

سئل: ابن عبد السلام من نام مع زوجته في فراش واحد فأصبح الولد بينهما ميتاً لا يدري أيهما رقد عليه؟ فقال: لم أر فيها نصاً وعندي أنه هدر. قلت: لشيخنا: فما رأيكم فيها؟ قال: كرأي ابن عبد السلام ويؤخذ من قولها هنا انتهى. ص: **(أو نكول المدعي على ذي اللوث وحلفه)** ش:.

فرع: قال ابن رشد في نوازله: إذا كان للوث شهود غير عدول أو تعرف جرحتهم أو تتوهم فيهم الجرحة فلا اختلاف في أنه لا يجب على المشهود عليهم بشهادتهم ضرب مائة سوط وسجن عام، وإنما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل رجاء أن يوجد عليه بينة عادلة. وأما إن كانوا مجهولين لا يعرفون بجرحة ولا عدالة فيجب عليه الضرب والسجن إن عفا عنه

بمقتضى المذهب ولم أجده نصاً **(كديته)** الجلاب: لا تعقل العاقلة من قتل نفسه عمداً ولا خطأ **(وندبت في جنين)** من المدونة: من ضرب امرأة خطأ فألقت جنيناً ميتاً استحب له مالك الكفارة. وقال مالك في امرأة نامت على ولدها فقتلته: إن ديته على عاقلتها وتعتق رقبة **(ورقيق)** من قتل عبداً خطأ غرم قيمته، وروى ابن القاسم وابن وهب ويستحسن له أن يكفر **(وعمد)** في الرسالة: وكفارة القتل في الخطأ واجبة. ثم قال: ويؤمر بذلك إن عفى عنه في العمد وهو خير له **(وعليه مطلقاً جلد مائة ثم حبس سنة)** من المدونة: من ثبت عليه أنه قتل رجلاً عمداً ببينة أو إقرار أو بقسامة فعفى عنه أو سقط قتله لأن الدم لا يتكافأ فإنه يضرب مائة ويسجن عاماً، كان القاتل رجلاً أو امرأة مسلماً أو ذمياً، حراً أو عبداً لمسلم أو ذمي، والمقتول مسلم أو ذمي **(وإن بقتل مجوسي)** مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ: وسواء أيضاً كان مجوسياً. ابن القاسم: أو مجوسية **(أو عبده)** مالك: وسواء أيضاً كان المقتول عبداً للقاتل أو لغيره المسلم أو الذمي فإنه يجلد ويسجن. الباجي: وجه هذا كله أنه سفك دم محرم فوجب به الجلد أو السجن. **(أو نكول المدعي على ذي اللوث وحلفه)** الباجي: ولو نكل ولاة الدم عن القسامة وقد وجبت لهم فحلف المدعى عليه وبرىء فقال ابن المواز: على المدعى عليه الجلد

وَالقَسَامَةُ: سَبَبُهَا: قَتْلُ الْحُرِّ الـمُسْلِمِ فِي مَحَلِّ اللَّوْثِ: كَأَنْ يَقُولَ بَالِغٌ، حُرٌّ، مُسْلِمٌ: قَتَلَنِي فُلاَنٌ،

قبل القسامة أو بعدها على القول بوجوب القسامة في ذلك، ولا يجب عليه ضرب مائة وسجن عام على القول بسقوط القسامة مع ذلك، وقد اختلف في ذلك قول مالك. وأما إذا شهد شاهد عدل فلا اختلاف في المذهب في وجوب القسامة بذلك ولا في وجوب ضرب مائة وسجنه عاماً إن عفا عنه الأولياء قبل القسامة أو بعدها، ولا يجوز أن يضرب المدعى عليه الدم بالتهمة وإنما يحبس بها إذا كان ممن يليق به التهمة الشهر ونحوه رجاء أن تقوم عليه بينة، وإن قويت عليه التهمة بما يشبه عليه مما لم يتحقق تحقيقاً يوجب القسامة حبس الحبس الطويل. قال ابن الحاجب: حتى يتبين براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك: ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والتهمة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول السجن، فإن لم يتهم وكان مجهول الحال حبس اليوم واليومين والثلاثة، وإن لم يتهم وكان معروفاً بالصلاح لم يحبس ولو يوماً واحداً انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: وفي تقديم الضرب على السجن والتخيير في ذلك قولان لسماع عيسى عن ابن القاسم، ونقله الباجي عن أشهب ولم يحك ابن رشد غير ما في السماع انتهى. ص: **(والقسامة)** ش: قال ابن عرفة: القسامة حلف خمسين يميناً أو جزأها على إثبات الدم. وقال في التوضيح: قال في المشارق: القسامة ترديد الأيمان بين الحالفين. أشهب: القسامة سنة لا رأي لأحد فيها، وكانت في الجاهلية فأقرها عليه الصلاة والسلام. ص: **(قتلني فلان ولو خطأ)** ش: قال الفاكهاني في شرح الرسالة وأظنه ناقلاً عن ابن يونس: لو قيل للمجروح من ضربك فقال لا أعرفه ولا أدري من ضربني ثم قال بعد ذلك فلان فالتدمية باطلة انتهى.

فرع: قال ابن رشد في نوازله في رجل دمي على رجل ثم شهد شهود أنه قال دمي

والسجن بلا خلاف بين أصحاب مالك إلا ابن عبد الحكم، ووجهه لما وجبت القسامة ثبتت العقوبة **(والقسامة سببها قتل الحر المسلم في محل اللوث)**. ترجم على هذا ابن شاس بأن قال:

كتاب دعوى الدم

والنظر في القسامة والشهادة بالدم، وكذا ترجم عليه أيضاً ابن رشد فقال: كتاب القسامة. وذكرها في المدونة في كتاب الديات. قال ابن الحاجب: القسامة سببها قتل الحر المسلم في محل اللوث، فلا قسامة في الأطراف ولا في العبيد والكفار. ابن عرفة: خرج له قسامة من ثبت ضربه ببينة تامة وتراخى موته. وقال مالك: اللوث هو الأمر الذي ليس بالقوي **(كأن يقول بالغ حر مسلم قتله فلان)** من المدونة: قول الميت بالغاً عاقلاً مسلماً حراً ولو كان مسخوطاً أو امرأة قتلني فلان ولو كان فلان هذا صبياً أو عبداً أو ذمياً أو امرأة عمداً لوث **(ولو خطأ)** من المدونة: إن قال دمي عند فلان

وَلَوْ خطَأً أَوْ مَسْخُوطاً عَلَى وَرَعٍ، أَوْ وَلَدٍ عَلَى وَالِدِهِ أَنَّهُ ذَبَحَهُ، أَوْ زَوْجَةٌ عَلَى زَوْجِهَا إِنْ كَانَ جُرْحٌ، أَوْ أَطْلَقَ وَبَيَّنُوا، لاَ خَالَفُوا، وَلاَ يُقْبَلُ رُجُوعُهُمْ، وَلاَ إِنْ قَالَ بَعْضٌ: عَمْداً، وَبَعْضٌ لاَ نَعْلَمُ، أَوْ نَكَلُوا، بِخِلاَفِ ذِي الْخَطَإِ، فَلَهُ الْحَلِفُ، وَأَخْذُ نَصِيبِهِ،

على رجل آخر قبله، وقال لما سئل عن ذلك إني خشيت أن يرجع إليَّ فيتم على أن ذلك يبطل

خطأ فلأوليائه أن يقسموا ويأخذوا الدية، وليس لهم أن يقسموا على خلاف ما قال، وسيأتي عند قوله: «وكالعدل فقط» أنه لا قسامة في قتل غيلة. وانظر طرر ابن عات **(أو مسخوطاً على ورع)** من المدونة: إن قال المقتول دمي عند فلان وهو مسخوط أو غير مسخوط فلا يتهم وليقسم ولاته على قوله، وإن كانوا مسخوطين أيضاً فذلك لهم في العمد والخطأ ويقسم مع قول المرأة وهي غير تامة الشهادة. وإذا قال المقتول دمي عند فلان فذكر رجلاً أورع أهل البلد أقسم على قوله، وإن رمى به صبي أقسم مع قوله وكانت الدية على عاقلة الصبي **(أو ولداً على والده أنه ذبحه)** سمع يحيى ابن القاسم: من قال دمي عند أبي، أقسم على قوله ولم يقد منه وغلظت الدية في مال الأب. ولو قال أضجعني أبي فذبحني أو بقر بطني أقسم بقوله وقتل الأب إن شاء الأولياء خلافاً لأشهب **(أو زوجة على زوجها)** ابن عرفة: ظاهر المذهب أن الزوجة في تدميتها على زوجها كالأجنبية خلافاً لابن زرقون. وانظر في نوازل البرزلي ليس كل زوج يؤدب والتدمية عليه وعلى المؤدب والمعلم **(إن كان جرح)** اللخمي: اختلف إن قال قتلني عمداً ولا جراح به وأبين ذلك أن لا يقسم مع قوله إلا أن يعلم أنه كان بينهما قتال. ابن عرفة: في هذه المسألة اضطراب. وقال المتيطي: الذي عليه العمل وبه الحكم قول ابن القاسم: إنه إذا لم يكن بالمدمى أثر جرح أو ضرب أنه لا يقبل قوله على فلان إلا بالبينة على ذلك. وقاله أصبغ **(أو أطلق وبينوا)** من المدونة: إن قال قتلني ولم يقل عمداً ولا خطأ فما ادعاه ولاة الدم من عمد أو خطأ أقسموا عليه واستحقوه **(لا خالفوا ولا يقبل رجوعهم)** من المدونة: إن ادعى الورثة خلاف قول الميت فلا قسامة لهم ولا دية ولا دم ولا لهم أن يرجعوا إلى قول الميت. وانظر عند قوله: «ولو خطأ» **(ولا إن قال بعض عمداً وبعض خطأ وبعض لا نعلم)** من المدونة: إن قال بعضهم عمداً وقال بعضهم لا علم لنا بمن قتله ولا نحلف، فإن دمه يبطل بخلاف ما إذا قال بعضهم قتل خطأ وقال بعضهم عمداً. قال عبد الوهاب: وفي كلا الموضعين الخلاف موجود. والفرق أن قتل الخطأ أخفض رتبة، وكان الشيخ أبو بكر يقول: لا فرق **(أو نكلوا)** اللخمي: قال ابن القاسم في العتبية: إن قال جميعهم عمداً ونكل بعضهم أن لمن ينكل أن يحلف ويستحق حقه من الدية، وهذا أحسن. انظر هذا عند قوله: «ونكول المعين غير معتبر». ومن المدونة: إن قال بعضهم عمداً وبعضهم خطأ فإن حلفوا كلهم استحقوا دية الخطأ بينهم وبطل القتل، وإن نكل مدعو الخطأ فليس لمدعي العمد أن يقسموا ولا دم لهم ولا دية. وقال أشهب: إن حلف جميعهم فلمن أقسم على الخطأ حظه على العاقلة، ولمن أقسم على العمد حظه من مال القاتل. اللخمي: وهذا أحسن **(بخلاف ذي الخطأ فله الحلف وأخذ نصيبه)** من المدونة: إن قال بعضهم خطأ وقال الباقون لا علم لنا أو نكلوا عن اليمين، حلف مدعو الخطأ

وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِيهِمَا: وَاسْتَوَوْا: حَلَفَ كُلٌّ، وَلِلْجَمِيعِ: دِيَةُ خَطَإٍ، وَبَطَلَ حَقُّ ذِي الْعَمْدِ بِنُكُولِ غَيْرِهِمْ وَكَشَاهِدَيْنِ بِجُرْحٍ، أَوْ ضَرْبٍ مُطْلَقاً،

التدمية لأن في تدميته على غيره أولاً إبراء له، ولا يصدق في قوله أخاف أنه يتم عليّ لأنه كمن أبرأ رجلاً من حق ثم قام يطلبه وقال إنما أبرأته لوجه كذا، ولأنه لا عذر له في التدمية على بريء لم يحق عليه لخوفه على نفسه، فلما أقر على نفسه أنه دمي أولاً على بريء اتهمناه في أنه دمي ثانياً على برء، وإذا بطلت التدمية صار المدعى عليه في حكم من قويت عليه التهمة بالدم ولم يوجد عليه بينة فوجب أن يطال سجنه. وقد حكى عن مالك أن الرجل كان يحبس في اللطخ والشبهة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول سجنه، وإن طال سجنه

وأخذوا حظهم من الدية ولا شيء للآخرين. وفي الجلاب: لا يستحق مدعو الخطأ حظهم حتى يحلفوا خمسين يميناً **(وإن اختلفوا فيهما واستووا حلف كل وللجميع دية الخطأ وبطل حق ذي العمد بنكول غيرهم)** تقدم نص المدونة وقول أشهب قبل قوله بخلاف ذي الخطأ **(وكشاهدين بجرح أو ضرب مطلقاً أو إقرار المقتول خطأ أو عمداً ثم يتأخر الموت)** تقدم أن قول الميت دمي عند فلان لوث يوجب القسامة. قال ابن رشد: لم يختلف في هذا قول مالك وتابعه على ذلك جميع أصحابه والليث وخالفهم في ذلك جمهور أهل العلم. الباجي: وهذا إذا ثبت قول الميت بشاهدين، وأما كون الشاهدين على الجرح لوثاً مطلقاً في الخطأ والعمد ثم يتأخر الموت فقال ابن رشد ما نصه: لا خلاف في الشاهدين على الجرح إذا حيي بعد ذلك أنها توجب القود في العمد والدية في الخطأ مع القسامة. وانظر قول خليل «أو إقرار المقتول خطأ أو عمداً» هل يكون المعنى القسامة بسببها قتل في محل اللوث كأن يقول المقتول: قتلني فلان ولو خطأ، وكشاهدين بجرح خطأ أو عمداً، أو كشاهدين بإقرار المقتول خطأ أو عمداً. وعلى هذا ففيه بعض تكرار، فانظره وقد تقدم قول الباجي. وهذا إذا ثبت قول الميت بشاهدين. ثم راجعت عبارة ابن الحاجب ومعناها أنها ثلاث مثل فإنه قال: كقول المقتول قتلني وكثبوت الجرح أو الإقرار به بشاهد أو بشاهدين، ولا شك أن بين الإقرار بالقتل أو بالجرح فرق بالنسبة للفظ اليمين في الوجه الواحد يحلف لقد قتله، وفي الوجه الآخر لقد مات من ذلك الجرح إن قام به عدلان، وإن شهد به عدل فيمينهم لقد جرحه وقد مات من ذلك الجرح **(فيقسم لمن ضربه مات)** المتيطي: تمام الشهادة أن يشهد شهيدان مقبولان أن الجريح لم يفق من جرحه في علمهم إلى أن توفي، وكذلك تكون القسامة فيحلف كل واحد من الأولياء في المسجد الجامع في الموضع الذي يكون فيه هذا عند مقطع الحق ويقول في يمينه بالله الذي لا إله إلا هو لضرب فلان هذا يشير إلى المدمى عليه أي أو لمات من ضربه. وقال عبد الملك: يحلف بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة لقد مات من الذي شهد عليه به فلان وفلان يرددها هكذا **(أو بشاهد بذلك)** أما إذا شهد عدل بجرح أو ضرب فقال المتيطي: إذا شهد الشاهد الواحد العدل. وهو اللوث عند ابن القاسم على معاينة الجرح. وجبت القسامة. هذا مذهبه في المدونة. وقاله ابن الماجشون في ديوانه، وسيأتي نقل ابن حارث وابن رشد في الفرع بعد هذا **(مطلقاً)** قال ابن رشد: إن ثبت الجرح بشاهد واحد فينبغي على

أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَقْتُولِ عَمْداً أَوْ خَطَأً ثُمَّ يَتَأَخَّرُ الْمَوْتُ يُقْسِمُ: لَمِنْ ضَرْبِهِ مَاتَ، أَوْ بِشَاهِدٍ بِذَلِكَ مُطْلَقاً، إِنْ ثَبَتَ الْمَوْتُ، أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَقْتُولِ عَمْداً: كَإِقْرَارِهِ مَعَ شَاهِدٍ مُطْلَقاً، أَوْ إِقْرَارِ الْقَاتِلِ فِي

الدهر الطويل ولم يظهر براءة استحلف خمسين يميناً وخلي سبيله والله سائله وحسيبه انتهى.

فرع: قال ابن رشد أيضاً في نوازله: دمي رجل على رجل بجرح ودمي أخو المدمى عليه على المدمى الأوّل وقريب له بأن القريب أمسكه وصار يقول الآخر اضرب اقتل فمات المدمى الثاني، فأراد أخو المدمى عليه أولاً أن يقوم بدم أخيه، فهل يقتل المدمى عليه مع قريبه بالقسامة قبل أن تبرأ جراحه التي دمي بها، أو يؤخر جراحه ويسجن؟ فأجاب: لا يقتل المدمى عليه حتى تبرأ جراحه التي دمى بها لأن في قتله إبطال ما وجب لأوليائه من القسامة على قاتله، والواجب في ذلك أن يسجن الثلاثة المدمى عليهم، فإن صح المدمى الأول من جراحه أقسم أخو الميت عليه مع أحد من بني عمه على قريب المدمى الأول وقتلوه بقسامتهم انتهى. وما ذكره من قتل اثنين بالقسامة غريب، ونقله عنه البرزلي، ونقل ابن الحاج في ذلك ثلاثة أقوال، ونصه ابن الحاج فيمن دمى على رجلين فذكر أن أحدهما أمسكه، والآخر قتله فيكون بمثابة ما لو أدمى على رجلين فتكون القسامة وتدخل الثلاثة الأقوال أن تقسم الولاة على واحد والقولان

ما صححناه أن يفترق الخطأ من العمد اهـ. راجع أنت هذا كله **(إن ثبت الموت)** هذا فرع شهادة العدل بمعاينة القتل ذكره هنا ولم يذكره هناك، وأما إذا شهد عدل بإقرار المقتول بجرح خطأ **(أو بإقرار المقتول بجرح عمداً)** قال الباجي: أما إذا مات وقد قال فلان جرحني أو ضربني ولم يثبت هذا من قول الميت إلا بشاهد واحد، فاختلف فيه قول مالك. ونقل ابن يونس عن عبد الملك أنه يقسم مع شهادته قال: وقال عبد الحكم وغيره: لا يجوز على قول المقتول إلا بشاهدين. وقاله ابن القاسم في العتبية قال: لأن الميت كشاهد فلا يثبت قوله إلا بشاهدين. وبه قال ابن المواز. وقال: إنما تكون القسامة حيث تكون اليمين مع الشاهد انتهى. ولم يفرق بين عمد وخطأ بل مقتضى كلام الباجي أنه لا فرق بين العمد والخطأ من ابن عرفة. ابن حارث: اتفقوا على أنه إن شهد عدلان أن فلاناً جرح فلاناً أو ضربه فعاش المجروح والمضروب فأكل وشرب ثم مات أن لورثته أن يقسموا ويستحقوا الدم، فإن شهد بذلك شاهد واحد فقط المدونة: لورثته القسامة خلاف ما له في العتبية. ابن رشد: وعلى القول بالقسامة يحلفون لقد جرحه ولقد مات من جرحه ولا يحلفون مع الشاهدين على الجرح إلا لقد مات من ذلك الجرح ومع الشاهد على القتل فيحلفون لقد قتله فتفرق الثلاثة الأوجه في صفة الأيمان **(كإقراره مع شاهده مطلقاً)** من المدونة: لو قال دمي عند فلان وشهد عدل أنه قتله فلا بد من القسامة انتهى. ولأجل هذا النظر أتى بهذا وإلا فسيأتي هذا عند قوله: «ووجبت وإن تعدد اللوث» **(أو إقرار القاتل في العمد فقط بشاهد)** من فروق عبد الوهاب قال مالك: إذا شهد شاهد على قتل الخطأ قسم معه وإذا شهد شاهد على إقراره بالقتل لم يقسم معه. قال عبد الوهاب: وكلا الوجهين شهادة على قتل. قال: والفرق بينهما أن الشاهد على نفس القتل لوث يقسم معه والإقرار لا يقبل فيه إلا

الْخَطَإِ فَقَطَ بِشَاهِدٍ، وَإِنْ اخْتَلَفَ شَاهِدَاهُ: بَطَلَ، وَكَالْعَدْلِ فَقَطْ فِي مُعَايَنَةِ الْقَتْلِ، أَوْ رَآهُ يَتَشَحَّطُ

مشهوران. ومنه الحديث في رجل أمسك رجلاً وقتله آخر، فقال اقتلوا القاتل وأحيوا الضاري بمعنى احبسوا الذي حبسه للموت حتى يموت. قلت: تقدم لابن رشد أن هذه المسألة مما يقتل فيها اثنان بالقسامة الواحدة، ويشير بذلك للمسألة المتقدمة ثم قال: وفي الوثائق المجموعة: ولو قال المجروح جرحني فلان جرح كذا أو خنقني فلان أو ركضني أو ضربني بالعصا ومن فعلهم أموت ولم يسم أيهم أبلغ مقاتله، فإنه ينظر في ذلك إلى من أثخنه جرحه فيقسم عليه الأولياء، فإن كانوا اثنين أو أكثر وقد بلغت جراحهم مقاتله تخير واحد يقسمون عليه منهم ولم يكن لهم أن يقسموا إلا على واحد ويقتلوه، ثم يضرب الآخرون مائة مائة ويسجنون عاماً.

قلت: يحتمل أن يكون هذا خلافاً لما تقدم لابن رشد في الماسك والقاتل، ويحتمل الوفاق لأن هنا اجتمعوا على قتله مباشرة بخلاف الماسك فإنه سبب لقتله لا أنه ضربه. انتهى كلام البرزلي.

فرع: إذا ثبتت التدمية بشهادة رجلين لكن لم يعاينا الجرح الذي في المدمى وثبت بشهادة غيرهم أنه كان مجروحاً جاز ذلك. قاله ابن رشد في نوازله في أثناء المسألة المذكورة فوقه.

فرع: يفهم من المسألة المذكورة أن المدمى عليه يحبس وإن كان مجروحاً فتأمله والله

اثنان كسائر الإقرارات من المدونة قال مالك: إذا شهد شاهد على رجل أنه قتل فلاناً خطأً فليقسم أولياء القتيل ويستحقون الدية على العاقلة. قال ابن القاسم: وإذا شهد شاهد على إقرار القاتل أنه قتله خطأً فلا يثبت ذلك من إقراره إلا بشهادة شاهدين، فيقسمون معهما ويستحقون بذلك الدية. يريد إذا لم يعرف منه نكير. قال أشهب: إذا أنكر القاتل قول الشاهدين لم تجز الشهادة وهو كشاهد قد شهدوا على شهادته وهو ينكرها. قال ابن القاسم: وذلك بخلاف من أقام شاهداً على إقرار رجل بدين هذا يحلف مع شاهده ويستحق. المتيطي: واختلف في شهادة شاهد واحد على إقرار القاتل بالقتل عمداً. وفي بعض روايات المدونة أنه لوث يوجب القسامة. والصحيح وجوب القسامة إذ لا فرق بين الشهادة على معاينة القتل وبين الشهادة على إقرار القاتل به على نفسه **(وإن اختلف شاهداه بطل)** من المدونة: إن شهد رجل أن فلاناً قتل فلاناً بالسيف وقال آخر إنه قتله بحجر، فقولهما باطل ولا يقسم بذلك. سحنون: هذا إن ادعى الولي شهادتهما معاً وإن ادعى شهادة أحدهما ففيه القسامة مع ذلك الشاهد **(وكالعدل فقط في معاينة القتل)** ابن رشد: أما القسامة مع الشاهد الواحد على معاينة القتل فثابتة في المذهب اتفاقاً توجب القود في العمد والدية في الخطأ. قال ابن المواز: وإنما يقسم مع الشاهد الواحد إذا شهد عدل أنه قتله غيلة لم يقسم مع شاهده ولا يقتل ها هنا إلا بشاهدين. قال ابن المواز: على معاينة القتل بعد أن ثبتت معاينة جسد القتيل فيشهدون على موته ويجهلون قاتله كما عرف موت عبد الله بن سهل **(أو يراه يتشحط في دمه والمتهم قربه عليه أثره)**

فِي دَمِهِ، وَالْمُتَّهَمُ قُرْبَهُ وَعَلَيْهِ آثَارُهُ، وَوَجَبَتْ، وَإِنْ تَعَدَّدَ اللَّوْثُ، وَلَيْسَ مِنْهُ وُجُودُهُ بِقَرْيَةِ قَوْمٍ، أَوْ دَارِهِمْ، وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ قَتَلَ وَدَخَلَ فِي جَمَاعَةٍ: اسْتُحْلِفَ كُلٌّ خَمْسِينَ، وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ أَوْ عَلَى مَنْ نَكَلَ بِلاَ قَسَامَةٍ، وَإِنِ انْفَصَلَتْ بُغَاةٌ عَنْ قَتْلَى، وَلَمْ يُعْلَمِ الْقَاتِلُ، فَهَلْ لاَ قَسَامَةَ وَلاَ قَوَدَ مُطْلَقاً؟ أَوْ إِنْ تَجَرَّدَ عَنْ تَدْمِيَةٍ وَشَاهِدٍ؟ أَوْ عَنِ الشَّاهِدِ فَقَطْ؟ تَأْوِيلاَتٌ. وَإِنْ تَأَوَّلُوا: فَهَدَرٌ: كَزَاحِفَةٍ عَلَى

أعلم. ص: **(أو يراه يتشحط في دمه)** ش: فاعل «يرى» ضمير يعود على العدل، والمعنى أن من اللوث أن يشهد العدل على أنه رأى المجروح يتشحط في دمه. قال في التوضيح: واشتراط المصنف يعني ابن الحاجب العدل. هذا ظاهر ولم أر من صرح بذلك انتهى. قلت: صرح به القاضي عبد الوهاب في المعونة والله أعلم ص: **(وليس منه وجود بقرية قوم أو دارهم)** ش:

قال ابن شاس: شهادة العدل الواحد على روية القتل لوث، وفي شهادته يرى المقتول يتشحط في دمه والمتهم نحوه أو قربه عليه آثار القتل خلاف. ومن ابن يونس روى ابن وهب عن مالك: شهادة النساء لوث، ومثله أن يرى المتهم بحذاء القتيل وقربه ولم يروه حين أصابه ووجبت إن تعدد اللوث. ابن الحاجب: إذا تعدد اللوث فلا بد من القسامة انتهى. وهذا هو معنى قوله قبل هذا «كإقراره مع شاهد مطلقاً» **(وليس منه وجوده بقرية قوم أو دارهم)** من المدونة: إن وجد قتيل في قرية قوم أو دارهم ولا يدرون من قتله لم يؤخذ به أحد وتبطل ديته ولا تكون في بيت مال ولا غيره **(ولو شهد أنه قتل ودخل في جماعة استحلف كل خمسين والدية عليهم أو على من نكل بلا قسامة)** سمع عيسى ابن القاسم: من قتل قتيلاً في وسط الناس فاتبعوه وهو هارب فاقتحم بيتاً فدخل البيت فإذا فيه ثلاثة نفر لا يدري أيهم هو، وإن حلف كل واحد منهم خمسين يميناً ما قتله كان العقل عليهم، وإن نكل أحدهم كان العقل عليه. ابن رشد: إن حلفوا كلهم أو نكلوا كلهم فالدية على جميعهم وإن نكل بعضهم فهي على من نكل، كان واحداً أو أكثر، ولا يمين في شيء من ذلك على أولياء القتيل **(وإن انفصلت البغاة عن قتلي ولم يعلم القاتل فهل لا قسامة ولا قود مطلقاً أو إن تجرد عن تدمية أو شاهد أو عن الشاهد فقط تأويلات)** من المدونة قال مالك: ليس فيمن قتل بين الصفين قسامة. ابن رشد: وقيل: لا قسامة فيه بحال لا بقول المقتول ولا بشاهدين على القتل. رواه سحنون عن ابن القاسم. وقد ترجم ابن يونس على هذا في آخر كتاب الديات فقال فيمن قتل بين الصفين راجعه فيه. وفي المقدمات قال عياض: وهذا كله في صف العصبية والبغي المستويين في ذلك، فلو كان أحدهما باغياً والآخر مظلوماً أو متأولاً طلب الآخرون الذين ليس القتيل منهم بعقله، ولو كان من صف الباغين كان هدراً، ولو تعين قاتله. وكذلك لو كان القاتلون متأولين أو كلا الصفين متأولاً فمن قتل الآخر منهما هدر **(وإن تأولوا فهدر)** تقدم نص عياض. وفي سماع عيسى: إن كان القتيل الذي وجد بين الصفين إنما كانوا قوماً يقاتلون على تأويل قال: فليس على الذين قتلوه قتل وإن عرفوا ولا دية، وليس أهل التأويل كغيرهم. ابن رشد: مثله في أثر المدونة من قول ابن شهاب ومثله روى أشهب **(كزاحفة على دافعة)** الذي للباجي ما نصه: لو مشت إحدى الطائفتين إلى الأخرى بالسلاح إلى منازلهم

دَافِعَةٍ، وَهِيَ خَمْسُونَ يَمِيناً مُتَوَالِيَةً بَتًّا، وَإِنْ أَعْمَى، أَوْ غَائِباً يَحْلِفُهَا فِي الْخَطَإِ مَنْ يَرِثُ المَقْتُولَ، وَإِنْ وَاحِداً، أَوْ امْرَأَةً، وَجبِرَتِ الْيَمِينُ عَلَى أَكْثَرِ

نحوه في كتاب الديات من المدونة. وقال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وكالعدل يرى المقتول يتشحط في دمه وليس موت الرجل عندنا في المزاحمة لوثاً يوجب القسامة بل هو هدر خلافاً للشافعي في قوله: «تجب فيه القسامة وتجب الدية» انتهى ص: **(وهي خمسون يميناً متوالية)** ش: قال ابن رشد في نوازله في كيفية قسامة قام بها المقتول وأخوه بأن يقسما خمسين يميناً ترد عليهما يميناً يميناً أنه هو الذي قتله، يقول الأب في يمينه بمنقطع الحق قائماً مستقبل القبلة إثر صلاة العصر من يوم الجمعة على ما مضى عليه عمل القضاة: بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة لقد قتل هذا ويشير إلى القاتل ابنه فلاناً بالجرح الذي أصابه به ومات منه على سبيل العمد بغير حق. وكذلك يقسم الأخ إلا أنه يقول: لقد قتل أخي. فإذا استكمل خمسين يميناً على هذه الصفة أسلم برمته إليهما فاستقادا منه بالسيف قتلاً مجهزاً على ما أحكمه الشرع في القصاص في القتل انتهى. قال البرزلي: وسئل أصبغ بن محمد: هل يزيد ولي الدم في يمينه وأن ما شهد به الشهود من قول المدمى حق أم لا؟ فأجاب: لا يلزم ولي الدم أن يزيد في يمينه إحقاق ما شهد به الشهود من قول المدمى ولا علمت أحداً من أهل المذهب قاله ص: **(بتاً)** ش: ويعتمدون على ظن قوي كما تقدم في باب الشهادات والله أعلم. ص: **(وإن أعمى أو غائباً)** ش: يريد أو صغيراً ويحلف إذا بلغ ويأخذ حصته كما ذكره ابن عرفة عن الموازية. ص: **(أو امرأة)** ش: كما لو خلف بنتاً واحدة. قال في المدونة: فإن لم يدع إلا بنتاً بغير عصبة حلفت خمسين يميناً فأخذت نصف الدية. أبو الحسن: وسكت عن النصف

فقاتلوهم ضمنت كل فرقة ما أصابت من الأخرى. ورواه محمد وابن عبدوس. قال: ولا يبطل دم الزاحفة لأن المزحوف إليهم لو شاؤا لم يقاتلوهم واستردوا إلى السلطان. قال غيره: هذا إن أمكن السلطان أن يحجز بينهم، فإن عاجلوهم ناشدوهم الله، فإن أبوا فالسيف ونحوه في المدونة. ومعنى ذلك أنه لا دية عليهم. هذا كله إن كان حربهم لثائرة وتعصب، فإن كان لتأويل فقد قال ابن حبيب: ليس بين أهل الفتن قود فيما قال بعضهم من بعض على التأويل، ولا تباعة في مال إلا فيما كان قائماً بعينه لم يفت. قال ابن القاسم: وليس على القاتل قتل ولا دية وإن عرف بخلاف غيرهم. **(وهي خمسون يميناً)** ابن عرفة: القسامة حلف خمسين يميناً أو جزءها على إثبات الدم **(متوالية)** ابن الحاجب: يحلف الوارثون المكلفون، واحداً كان أو جماعة، ذكراً أو أنثى، خمسين يميناً متوالية **(بتاً وإن أعمى وغائب)** من المدونة: يمين القسامة على ألبت وإن كان أحدهم أعمى أو غائباً حين القتل. سحنون: لأن العلم يحصل بالخبر والسماع كما يحصل بالمعاينة **(يحلفها في الخطأ من يرث وإن واحداً)** اللخمي: يحلفها الواحد إن كان هو المستحق للدية كابن أو أخ **(وامرأة)** من المدونة: إن لم يدع الميت إلا ابنة بغير عصبة حلفت خمسين يميناً وأخذت نصف الدية **(وجبرت اليمين على أكثر**

كَسْرِهَا، وَإِلاَّ فَعَلَى الجَمِيعِ، وَلاَ يَأْخُذُ أَحَدٌ إِلاَّ بَعْدَهَا، ثُمَّ حَلَّفَ مَنْ حَضَرَ حِصَّتَهُ وَإِنْ نَكَلُوا، أَوْ بَعْضٌ: حَلَفَتِ الْعَاقِلَةُ فَمَنْ نَكَلَ: فَحِصَّتُهُ عَلَى الأَظْهَرِ، وَلاَ يَحْلِفُ فِي الْعَمْدِ: أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ

الباقي. قال الباجي: ويسقط الباقي. وتقدم مثله لابن رشد عند قوله: «وإذا قال المقتول دمي عند فلان» انتهى. ونص الذي تقدم. قال ابن رشد: ولو كان للمقتول وارث معلوم مع جماعة المسلمين مثل الزوجة والزوج يحلف الوارث المعلوم خمسين يميناً واستحق حقه من الدية وبطل الباقي منهما. انتهى من سماع يحيى من كتاب الديات الثاني. انتهى كلام الشيخ أبي الحسن. وفي الذخيرة: المقسم في الخطأ جميع المكلفين من الورثة رجالاً أو نساء يحلفون بقدر مواريثهم، ومن لا وارث له فلا قسامة له لتعذر قسم بيت المال، ولا يقسم الأول لسبب أو ولاء، ولا يقسم من القبيلة إلا من التقى معه إلى نسب ثابت، ولا يقسم المولى الأسفل بل ترد الأيمان على المدعى عليهم. انتهى ص: **(وإن نكلوا أو بعض حلفت العاقلة)** ش: أي فيحلف كل واحد منهم يميناً واحدة، وقد تقدم أن حد العاقلة سبعمائة أو الزيادة على الألف. وظاهر كلامه أنه إذا نكل بعض الورثة سقطت الدية جميعها وحلفت العاقلة وليس كذلك، بل المراد أنه إذا نكل بعض الورثة فإن العاقلة تحلف ويسقط حصة الناكل فقط كما صرح بذلك ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الديات، وصرح به ابن الحاجب، وصرح به الشارح في شرح قول المصنف: «ولا يأخذ أحد إلا بعدها» والله أعلم. ص: **(ولا يحلف في العمد أقل من رجلين)** ش: أي فلا يحلف النساء. وحكى ابن الفاكهاني قولاً: بأن النساء يحلفن. قال القلشاني: ولم أقف عليه. وأصل المذهب أنه لا مدخل للنساء في القسامة في العمد. انتهى بالمعنى من الشيخ زروق. ص: **(عصبة وإلا فموال)** ش: عصبة من النسب فإن لم يكن عصبة

كسرها) ابن الحاجب: ويجبر كسر اليمين على ذي الأكثر من الكسر. من المدوّنة: إن لزم واحداً نصف اليمين وآخر ثلثها وآخر سدسها حلفها صاحب النصف فصورت ببنت وأم وزوج وعاصب **(وإلا فعلى الجميع)** ابن رشد: إن كانت الورثة ثلاثة إخوة فيجب على كل واحد منهم الكسر الذي يصير في حظه فيحلف كل واحد منهم سبع عشر يميناً **(ولا يأخذ أحد إلا بعدها)** من المدونة: إن كانت بنت وابن غائب لم تأخذ البنت ثلث الدية حتى تحلف خمسين يميناً، فإذا قدم الابن الغائب حلف ثلثي الأيمان وأخذ ثلثي الدية **(ثم حلف من حضر حصته)** ابن الحاجب: ثم من نكل أو غاب فلا يأخذ غيرهما حتى يحلف خمسين يميناً ثم من حضر حلف حصته **(وإن نكلوا أو بعض حلفت العاقلة فمن نكل فحصته على الآخر)** ابن رشد: إن نكلوا عن الأيمان أو بعضهم فخامس الأقوال إن الأيمان على العاقلة يحلفون كلهم، ولو كانوا عشرة آلاف فالقاتل كأحدهم. فمن حلف فلا غرم عليه، ومن نكل غرم ما يجب عليه وهو أحد قولي ابن القاسم وهو أصحها **(ولا يحلف في العمد أقل من رجلين عصبة)** من المدونة: إن ادعى العمد لم يقتل المدعى عليه إلا بقسامة رجلين فصاعداً. ابن شاس: ويحلف العصبة ولا يدخل النساء في العمد بوجه **(وإلا فموال)** الذي في الموطأ قال مالك في الرجل

عَصَبَةٌ، وَإِلاَّ فَمَوَالِي، وَلِلوَلِيِّ: الاسْتِعَانَةُ بِعَاصِبِهِ، وَلِلْوَلِيِّ فَقَطْ حَلِفُ الأَكْثَرِ؛ إِنْ لَمْ تَزِد عَلَى نِصْفِهَا، وَوُزِّعَتْ، وَٱجْتُزِىءَ بِٱثْنَيْنِ طَاعَا مِنْ أَكْثَرَ، وَنُكُولُ المُعِينِ: غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، بِخِلاَفِ غَيْرِهِ، وَلَوْ

نسب فيحلف الموالي الأعلون لأنهم عصبة، ولا يحلف الموالي الأسفلون. نقله ابن عرفة عن سماع يحيى. **ص: (وللولي الاستعانة بعاصبه) ش:** أي وللولي إذا كان واحداً أن يستعين بعاصبه، وكذلك لو تعدد الولي كما ذكره في التوضيح عن ابن رشد. لكن كلام المصنف إنما هو في الواحد بدليل قوله: «إن لم يزد على نصفها» فتأمله. والمراد عاصبه الذي يجتمع معه في أب معروف. ولا يكتفي في ذلك بأن يكون معروفاً أنه من القبيلة الفلانية كما نقله ابن عرفة عن سماع يحيى. **ص: (بخلاف غيره ولو بعدوا) ش:** أي بخلاف نكول غير المعين فإن نكوله معتبر. والمعنى أنه إذا كان ولاة الدم في التعدد سواء كالأولاد أو الإخوة أو الأعمام ولم يكن بينهم أقرب بحيث يكون غيره أقرب معيناً. فإن نكول أحدهم مسقط للقود. أما إذا كانوا أولاداً وإخوة فباتفاق، واختلف في غيرهم كالأعمام وبنيهم ومن هو أبعد، والمشهور سقوط

يقتل عمداً: إنه إذا قام عصبة المقتول أو مواليه فقالوا نحن نحلف ونستحق دم صاحبنا فذلك لهم **(وللولي الاستعانة بعاصبه)** ابن شاس: إن كان الولي واحداً استعان ببعض عصبته ويجتزىء في المعينين بالواحد **(وللولي فقط حلف الأكثر إن لم يزد على نصفها)** ابن رشد: إن كان ولي الدم الذي له العفو رجلاً واحداً فلا يستحقه بقسامة إلا أن يجد من العصبة أو العشرة من يقسم معه فمن يلقاه إلى أب معروف، فإن وجد رجلاً حلف كل واحد منهما خمساً وعشرين يميناً، وإن وجد رجلين أو أكثر قسمت الأيمان بينهم على عددهم، فإن رضوا أن يحملوا عنه منها أكثر مما يجب عليهم لم يجز، وإن رضي هو أن يحمل منها أكثر مما يجب عليه فذلك جائز فيما بينه وبين خمس وعشرين يميناً فإنه لا يجوز له أن يحلف أكثر من ذلك **(ووزعت واجتزىء باثنين طاعا أو أكثر)** ابن الحاجب: إن كانوا أقل من خمسين وزعت، وإن كانوا أكثر من خمسين اجتزىء بالخمسين على الأصح، وفي الاجتزاء باثنين من أكثر منهما قولان لابن القاسم وأشهب. ابن رشد: إن كان ولاة الدم أكثر من اثنين وطاع اثنان منهم بحمل الخمسين يميناً جاز ذلك عند ابن القاسم، ولم يعد من لم يحلف من بقية الأولين ناكلاً لأن الدم قد قيد به **(ونكول المعين غير معتبر بخلاف غيره ولو بعد)** انظر قوله: «ولو» فسيأتي أن أولياء الدم إن كانوا أعماماً وأبعد منهم فإن مالكاً حلفهم مرة كالبنين، ومرة قال: إن رضي اثنان كان لهما أن يحلفا ويستحقا حقهما من الدية. ابن شاس: إن كان الولي واحداً استعان ببعض عصبته ثم نكول المعين غير معتبر، فأما نكول أحد الأولياء فمسقط للقود. ومن ابن يونس قال ابن القاسم: إن كثر أولياء الدم أجزأ أن يحلف اثنان إذا تطاوعا ولم يترك باقيهم اليمين نكولاً. قال في المدونة: فإن نكل واحد من ولاة الدم الذين يجوز عفوهم إن عفوا فلا سبيل إلى القتل، كانوا اثنين أو أكثر. قال محمد: فرق مالك بين نكول أحد الأولياء عن القسامة قبل القسامة أو بعد أن حلف جماعتهم فقال: إن نكل منهم من له العفو قبل القسامة فلا قسامة لبقيتهم ولا دم ولا دية ويحلف

بَعُدُوا: فَتُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، فَيَحْلِفُ كُلٌّ خَمْسِينَ، وَمَنْ نَكَلَ: حُبِسَ، حَتَّى يَحْلِفَ وَلاَ اسْتِعَانَةَ، وَإِنْ أَكْذَبَ بَعْضٌ نَفْسَهُ: بَطَلَ، بِخِلاَفِ عَفْوِهِ، فَلِلْبَاقِي نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ،

القود أيضاً، والشاذ أنه لا يسقط إلا باجتماعهم. كذا قرر المسألة في التوضيح وكلام الشارح مشكل فتأمله. ص: **(ولا استعانة) ش:** قال ابن غازي: إنما عزاه في المقدمات لمطرف فقال ابن عرفة: ذكره ابن حارث رواية لمطرف وأبو محمد قولاً له ورواية. وإنما اقتصر عليه المصنف لأن ابن عبد السلام عزاه للمدونة واستظهره وإلا فقول ابن القاسم في المجموعة أن الأيمان ترد عليهم ويحلف معهم المتهم، وهو الذي حمل أبو الحسن الصغير المدونة عليه، وهو ظاهر الرسالة وعليه درج ابن الحاجب وهذا كله في التوضيح. قلت: كأنه لم يقف على كلام ابن رشد في أول رسم من سماع عيسى ونصه: الثالث أن المدعى عليه يحلف وحده ولا يكون له أن يستعين بأحد من ولاته، وهو قول مطرف في الواضحة وهو ظاهر ما في رسم أول عبد من سماع يحيى وما في المدوّنة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك. وهذا القول أظهر الأقوال

المدعى عليه خمسين يميناً إن لم يجد من عصبته من يحلف معه، وإن نكل بعد يمين جماعتهم لم يسقط حظ من بقي من الدية، ونكول هذا كعفوه راجعه فيه. ابن عرفة: قول ابن شاس نكول المعين لغو واضح لعدم استحقاقه ما يحلف عليه **(فيرد على المدعى عليهم فيحلف كل خمسين)** قال اللخمي: إن نكل بعض الأولياء أو عفا والأولياء بنون أو إخوة فقال مالك وابن القاسم: ترد الأيمان على القاتل، ولمالك أيضاً: إن بقي اثنان كان لهما أن يحلفا ويستحقا حظهما من الدية. واختلف عنه إن كان الأولياء أعماماً أو أبعد منهم من العصبة فنكل بعضهم، فجعل الجواب مرة كالبنين وهو أبين، ولا فرق بين ذلك إذا استووا في القعدد **(ومن نكل حبس حتى يحلف)** الجلاب: إذا نكل المدعون للدم عن القسامة وردت الأيمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا، فإن طال حبسهم تركوا وعلى كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة **(ولا استعانة)** ليس هذا مشهور قول ابن القاسم. ابن رشد: إن نكل ولاة الدم عن اليمين وكانت القسامة وجبت بقول المقتول أو بشاهد على القتل فقال ابن القاسم: ترد الأيمان على المدعى عليهم فيحلف المدعى عليه خمسين يميناً أو يحلف عنه رجلان فأكثر من ولاة الدم خمسين يميناً إن طاعوا بذلك ولا يحلف هو معهم. قال هذا ابن القاسم في الموازية والعتبية. وقال مطرف: لا يتعين المدعى عليه بأحد من ولاته. انظر المقدمات فقد ذكر أيضاً قولاً ثالثاً وعزاه لابن القاسم ثم قال: وأما إن كانت القسامة إنما وجبت بشاهدين على الجرح فقال ابن القاسم وابن الماجشون: إنها ترد على المدعى عليه يحلف ما مات من ضربتي. وقال أشهب وأصبغ وابن عبد الحكم: لا ترد عليه لأن يمينه إن حلف يمين غموس **(وإن كذب بعض نفسه بطل بخلاف عفوه فللباقي نصيبه من الدية)** ابن رشد: إن عفا أحد الأولياء عن الدم بعد ثبوته بالبينة أو بالقسامة أو أكذب نفسه بعد القسامة فثالث الأقوال أنه إن عفى كان لمن بقي حظوظهم من الدية، وإن أكذب

وَلاَ يُنْتَظَرُ صَغِيرٌ، بِخِلاَفِ الْمُغْمَى عَلَيْهِ، وَالْمُبَرْسَمِ إِلاَّ أَنْ لاَ يُوجَدَ غَيْرُهُ: فَيَحْلِفُ الْكَبِيرُ حِصَّتَهُ، وَالصَّغِيرُ مَعَهُ، وَوَجَبَ بِهَا الدِّيَةُ فِي الْخَطَإِ، وَالْقَوَدُ فِي الْعَمْدِ مِنْ وَاحِدٍ تَعَيَّنَ لَهَا، وَمَنْ أَقَامَ شَاهِداً عَلَى جُرْحٍ، أَوْ قَتْلِ كَافِرٍ، أَوْ عَبْدٍ، أَو جَنِينٍ حَلَفَ وَاحِدَةً، وَأَخَذَ الدِّيَةَ،

من جهة القياس لأن المدعى عليه حقيقة هو الذي يدعى عليه القتل ويطلب منه القصاص ويتعلق به حكم النكول، فوجب أن يكون هو الذي يحلف، وللقولين الآخرين حظ وافر من النظر وهو أنه لما كانت الدية تقع فيها الحمية والعصبية صارت عصبة المقتول هم الطالبون بدم المقتول بحق التعصيب لا بحق الوراثة انتهى، فقد استظهره ابن رشد وقال: إنه ظاهر ما في المدوّنة والله أعلم. ص: **(ومن أقام شاهداً على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية)** ش: أجمل المصنف رحمه الله في قوله: «وأخذ الدية». أما مسألة الجرح فقال في المدونة: لا قسامة في الجراح لكن من أقام شاهداً عدلاً على جرح عمد أو خطأ فليحلف معه يميناً واحدة ويقتص في العمد ويأخذ العقل في الخطأ. قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ فقال: كلمت مالكاً في ذلك فقال: إنه لشيء

نفسه لم يكن لمن بقي شيء من الدية، وإن كانوا قد قبضوها ردوها. هذا مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها. وساوى ابن القاسم بين العفو والنكول عن اليمين والعفو قبل القسامة، وفرق بعد القسامة بين أن يعفو أحد الأولياء أو يكذب نفسه، فجعل تكذيب نفسه بعد القسامة كعفوه عن الدم قبل القسامة لا شيء لمن بقي من الدم على ما ذكرناه **(ولا ينتظر صغير)** من المدونة: إن كان أولاد المقتول صغاراً وكباراً، فإن كان الكبار اثنين فلهم أن يقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغير **(بخلاف المغمى والمبرسم)** من المدونة: إن كان في الأولياء مغمى عليه أو مبرسم فإنه ينتظر إفاقته لأن هذا مرض من الأمراض **(إلا أن لا يوجد غيره فيحلف الكبير حصته والصغير معه)** نحو هذا عبارة ابن الحاجب. ونص المدونة: إن لم يكن إلا ولد صغير وكبير فإن وجد الكبير رجلاً من ولاة الدم يحلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يميناً، ثم للكبير أن يقتل، وإن لم يجد معه حلف خمساً وعشرين يميناً واستؤني بالصغير، فإذا بلغ حلف أيضاً خمساً وعشرين يميناً ثم استحق الدم **(ووجبت بها الدية في الخطأ والقود في العمد من واحد يعين لها)** ابن الحاجب: لا يقتل بالقسامة إلا واحداً خلافاً للمغيرة، وعلى المشهور يكون معيناً باليمين. وقال ابن عرفة: موجب القسامة القتل في العمد والدية في الخطأ فإن انفرد المدعى عليه فواضح. وروى ابن القاسم في المجموعة: لا يقسم إلا على واحد بكل حال. وقال في ثلاثة احتملوا صخرة ورموها على رجل قتلوه بها وقام بذلك شاهد واحد: لا يقسم إلا على رجل واحد يقسمون لمات من ضربه لا من ضربهم. وخالف في هذا سحنون. وقال أشهب: إن شاؤا أقسموا على اثنين فأكثر ثم لا يقتلون إلا واحداً ممن أدخلوه في قسامتهم. وانظر لابن رشد في نوازله أنه قد يقتل بالقسامة اثنان **(ومن أقام شاهداً على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية)** أما مسألة قيام شاهد واحد على جروح فقال في المدونة: بلا قسامة في

استحسناه ما سمعت فيه شيئاً. هذا لفظها على اختصار ابن عرفة ونحوه لابن الحاجب ثم قال: فإن نكل من قام بالشاهد حلف الجارح. فإن نكل قال ابن القاسم: حبس حتى يحلف. وأما مسألة الكافر فقال في المدونة في نصراني قام على قتله شاهد واحد عدل مسلم يحلف ولاته يميناً واحدة ويستحقون الدية على قاتله مسلماً كان أو نصرانياً. هذا لفظها أيضاً باختصار ابن عرفة. وانظر هل يحلف كل واحد من ولاته يميناً أو تجزئهم يمين واحدة؟ والظاهر من كلام المدونة المذكور أنه يحلف كل واحد من ولاته يميناً واحدة. وأما مسألة العبد فكذلك يحلف سيده يميناً واحدة ويأخذ قيمة عبده سواء كان قاتله حراً أو عبداً.

فرع: فإن أقام شاهداً أن عبد فلان قتل عبده حلف معه وخير سيد القاتل بين أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده، فإن أسلمه لم يقتل لأنه لا يقتل القاتل بشاهد واحد. قاله في المدونة ونقله ابن عرفة. وانظر هل يضرب القاتل مائة ويحبس عاماً. وأما مسألة الجنين فإنه يحلف كل واحد من ورثته يميناً واحدة. قاله في المدونة ونقله ابن عرفة ونصه: وفيها إن ضربت امرأة فألقت جنيناً ميتاً وقالت دمي عند فلان ففي المرأة القسامة ولا شيء في الجنين إلا ببينة ثبتت كأنه جرح من جراحها. ولا قسامة في الجرح ولا يثبت إلا ببينة أو شاهد عدل فتحلف ولاته معه يميناً واحدة ويستحقون ديته. الصقلي: يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يميناً أنه قتله. وفيها: إن قالت دمي عند فلان فخرج جنينها حياً فاستهل صارخاً ثم مات ففي الأم القسامة ولا قسامة في الولد لأنها لو قالت قتلني وقتل فلاناً معي لم يكن في فلان قسامة. انتهى. بخلاف ما إذا ثبت موتها وخروج الولد بشاهد واحد فإن ورثته يحلفون معه يميناً ويستحقون الغرة. وإن استهل صارخاً ففيه القسامة لأن الشاهد لوث وقول المرأة ليس لوثاً في

الجراح ولكن من أقام شاهداً عدلاً على جرح عمداً أو خطأ فليحلف معه يميناً واحدة ويقتص في العمد ويأخذ العقل في دية الخطأ. قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ قال: قد كلمت مالكاً في ذلك فقال: إنه شيء استحسناه وما سمعت فيه شيئاً. وأما مسألة الكافر ففي المدونة قال مالك في نصراني قام على قتله شاهد واحد عدل مسلم فيحلف ولاته يمينها واحدة ويستحقون الدية على قاتله، مسلماً كان أو نصرانياً. وأما مسألة العبد ففي الموطأ قال مالك: الأمر عندنا في العبد أنه إذا أصيب العبد عمداً أو خطأ ثم جاء سيده بشاهد حلف مع شاهده يميناً واحدة ثم كان له قيمة عبده، وليس في العبيد قسامة في عمد ولا خطأ، فإن قتل العبد عمداً أو خطأ لم يكن على سيد المقتول قسامة ولا يمين، ولا يستحق سيده ذلك إلا ببينة عادلة أو بشاهد فيحلف مع شاهده انتهى. وقد تقدم أن العبد يقتل بالعبد إلا أن يسلمه السيد أو يرضى سيد المقتول بأخذ قيمة عبده، وأما مسألة الجنين ففي المدونة: إن ضربت امرأة فألقت جنيناً ميتاً وقالت: دمي عند فلان، ففي المرأة القسامة ولا شيء في الجنين إلا ببينة ثابتة لأنه كجرح من جراحها، ولا قسامة في الجرح ولا

وَإِنْ نَكَلَ بَرِىءَ الجَارِحُ، إِنْ حَلَفَ، وَإِلاَّ حُبِسَ، فَلَوْ قَالَتْ دَمِي وَجَنِينِي عِنْدَ فُلاَنٍ. فَفِيهَا الْقَسَامَةُ، وَلاَ شَيْءَ فِي الْجَنِينِ، وَلَوِ اسْتَهَلَّ.

باب البغاة

الْبَاغِيَةُ: فِرْقَةٌ خَالَفَتِ الإِمَامَ: لِمَنْعِ حَقٍّ، أَوْ لِخَلْعِهِ،

حق ولدها والله أعلم ص: **(فلو قالت دمي وجنيني)** ش: ليس في هذه الصورة إلا قول المرأة فقط فليست بمعارضة لما تقدم فتأمله والله أعلم.

باب

ص: **(الباغية فرقة خالفت الإمام لمنع حق أو لخلعه)** ش: لما فرغ رحمه الله من الكلام على القتل والجرح اللذين يكون عنهما إذهاب النفس الذي هو من أعظم الذنوب في حق الآدميين، اتبع ذلك بالكلام على الجنايات التي توجب سفك الدماء أو ما دونه من العقوبات والجناية هو ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالاً أو مآلاً. والجنايات الموجبة للعقوبات سبع: البغي والردة والزنا والقذف والسرقة والحرابة والشرب. وبدأ المصنف بالبغي لأنه

يثبت إلا ببينة أو شاهد عدل فيحلف ولاته معه يميناً واحدة ويستحقون ديته. ابن يونس: يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يميناً أنه قتله **(وإن نكل برىء الجارح إن حلف وإلا حبس)** من المدونة: من أقام شاهداً على جرح عمد فليحلف ويقتص، فإن نكل قيل للجارح احلف وابرأ، فإن نكل حبس حتى يحلف. الجلاب: وإن طال الحبس أطلق **(فلو قالت دمي وجنيني عند فلان ففيها القسامة ولا شيء في الجنين)** ابن الحاجب: وكذلك لو ألقت جنيناً ميتاً وقالت: دمي وجنيني عند فلان وماتت كانت القسامة في الأم ولا شيء في الجنين، ولو ثبت الأمران بعدل واحد فالقسامة في الأم ويمين واحدة في الجنين **(ولو استهل)** من المدونة: إن قالت دمي عند فلان فخرج جنينها حياً فاستهل صارخاً ثم مات ففي الأم القسامة ولا قسامة في الولد لأنها لو قالت: قتلني وقتل فلاناً معي لم يكن في فلان قسامة.

باب

ابن شاس

كتاب الجنايات الموجبة للعقوبات

وهب سبع: البغي، والردة، والزنا، والقذف، والسرقة، والحرابة، والشرب، والجناية. الأولى البغي والنظر في صفات البغاة وأحكامهم **(الباغية فرقة خالفت الإمام لمنع حق أو لخلعه)** ابن عرفة: البغي

....

أعظمها مفسدة إذ فيه إذهاب الأنفس والأموال غالباً فقال «باب» أي هذا باب أذكر فيه أحكام البغي. والبغي في اللغة قال الجوهري: هو التعدي. وقال ابن العربي في أحكام القرآن: إن مادة ب غ ى للطلب إلا أنه في العرف مقصور على طلب خاص وهو ابتغاء ما لا ينبغي ابتغاؤه انتهى. وفي الاصطلاح قال ابن عرفة: البَغي هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولاً انتهى. وعرفها المؤلف بقوله: «الباغية» أي الفئة الباغية هي فرقة من المسلمين خالفت الإمام لشيئين: إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم من أحكام الشريعة أو لدخول في طاعته فإنه حق أو خالفته لخلعه. قال ابن عبد السلام: والمراد بالإمام هنا الإمام

هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولاً. قال: وحكم ثبوت الإمامة في علم الكلام والحديث. وختم أبو المعالي كتاب اللمع بما نصه: فصل شرائط الإمامة ثلاثة: أحدها أن يكون الإمامه مستجمعاً لشرائط الفتوى. الثاني أن يكون قرشي النسب. الثالث أن يكون ذا نخوة وكفاءة في المعضلات ونزول الدواهي والملمات. فهذه عقيدة أهل السنة والجماعة تلقاها الخلف عن السلف أما فيما تكمل به هداية المسترشدين ويقع به الإقناع في أصول الدين انتهى الفصل. وقال النووي في منهاجه: تتصور إمامة العبد انظره بعد هذا. وقال في إرشاده: ومن شرائط الإمامة أن يكون الإمام مهتدياً إلى مصالح الأمور وضبطها، ذا نجدة في تجهيز الجيوش وسد الثغور، ذا رأي مصيب في النظر للمسلمين، لا تزعزعه هواءة نفس ولا خور طبيعة عن ضرب الرقاب والتنكيل للمستوجبين الحدود، ويجمع ما ذكرناه الكفاءة وهي مشروطة إجماعاً. قال: ومن شرائط الإمامة الورع والعدالة وكيف يتصدر لها من ترد شهادته. وقال ابن يونس: افترض الله قتال الخوارج ثم قال بعد كلام: وإن كانوا يظلمون الوالي الظالم فلا يجوز لك الدفع عنه ولا القيام عليه، ولا يسعك الوقوف عن العدل كان هو القائم أو المقام عليه. قال عياض: انحدر المأمون إلى محاربة بعض بلاد مصر وقال للحرث بن مسكين: ما تقول في خروجنا هذا؟ فقال: أخبرني ابن القاسم عن مالك أن الرشيد سأله عن قتال أهل دمك فقال: إن كانوا خرجوا عن ظلم السلطان فلا يحل قتالهم، ومن تفسير القرطبي عند قوله سبحانه: ﴿إني جاعل في الأرض خليفة﴾ [البقرة: ٣٠] لا ينبغي للناس أن يسارعوا إلى نصرة مظهر العدل وإن كان الأول فاسقاً لأن كل من يطلب الملك يظهر من نفسه الصلاح حتى يتمكن فيعود بخلاف ما أظهر. وسأل ابن نصر مالكاً عن الفتن بالأندلس وكيفية المخرج منها إذا خاف الإنسان على نفسه فقال مالك: أما أنا فما أتكلم في هذا بشي فأعاد الرجل الكلام عليه وقال: إني رسول من خلفي إليك فقال له مالك: كف عن الكلام في هذا ومثله وأنا لك ناصح ولا تجب فيه. ولابن محرز في تبصرته: من شارك في عزل إنسان وتولية غيره ولم يأمن سفك دم مسلم فقد شارك في سفك دمه إن سفك، راجعه في مصرف الزكاة منه. ونقل ابن رشد والمتيطي وغيرهما: من شارك في قتل مسلم ولو بشطر كلمة لقي الله يوم القيامة وبين عينيه مكتوب آيس من رحمة الله. قال ابن العربي في قوله: «ولا تنازع الأمر أهله» يعني من ملكه لا من يستحقه فإن الأمر فيمن يملكه أكثر منه فيمن يستحقه

الأعظم أو نائبه انتهى. وقال في التوضيح: فخرج الخروج عن طاعة غير الإمام فإنه لا يسمى بغياً اهـ. يريد أو نائبه. وعلم أنه لو خرجت لا لمنع حق بل لمنع ظلم كأمره بمعصية ليست بباغية كما يفهم من كلام ابن عرفة. وزاد ابن عرفة وابن الحاجب قيداً آخر وهو كون الخروج مغالبة ولا بد منه. قال ابن عبد السلام: ولفظة مغالبة كالفصل أو كالخاصة لأن من عصى الإمام لا على سبيل المغالبة لا يكون من البغاة انتهى. ونحوه في التوضيح ونصه: وإخراج الخروج عن طاعة الإمام من غير مغالبة فإن ذلك لا يسمى بغياً اهـ. وكأنهم يعنون بالمغالبة المقاتلة، فمن خرج عن طاعة الإمام من غير مغالبة لا يكون باغياً. ومثال ذلك ما وقع لبعض الصحابة رضي الله عنهم وحشرنا في زمرتهم وأماتنا على محبتهم وسنتهم أنه مكث أشهراً لم يبايع الخليفة ثم بايعه رضي الله عنهم أجمعين. ولابن عرفة في آخر الجهاد كلام حسن في قتال أهل العصبية وقتل الخوارج، وكذا للشيخ أبي الحسن الصغير كلام حسن في الجهاد والله أعلم.

فائدة: قال القرطبي في شرح مسلم: البيعة مأخوذة من البيع وذلك أن المبايع للإمام يلزمه أن يقيه بنفسه وماله فكأنه بذل نفسه وماله لله تعالى وقد وعد الله تعالى على ذلك بالجنة، فكأنه حصلت معاوضة. ثم هي واجبة على كل مسلم لقوله ﷺ: «من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية»[1] غير أنه من كان من أهل الحل والعقد والشهرة فبيعته بالقول والمباشرة باليد إن كان حاضراً، وبالقول والإشهاد عليه إن كان غائباً. ويكفي من لا يؤبه له ولا يعرف أن يعتقد دخوله تحت طاعة الإمام ويسمع ويطيع له في السر والجهر ولا يعتقد خلافاً لذلك، فإن أضمره فمات مات ميتة جاهلية لأنه لم يجعل في عنقه بيعة انتهى. وقال قبله بنحو الورقة في شرح قوله ﷺ: «إنما الطاعة في المعروف»[2] إنما للحصر ويعني به ما ليس بمنكر ولا معصية فيدخل فيه الطاعة الواجبة والمندوب إليها والأمور الجائزة شرعاً. فلو أمر بجائز صارت طاعته فيه

والطاعة واجبة في الجميع، فالصبر على ذلك أولى من التعرض لإفساد ذات البين. وقال النووي في منهاجه: قوله ﷺ: «اسمع وأطع وإن كان عبداً» قال: تتصور إمامة العبد إذا ولاه بعض الأئمة وتغلب على البلاد بشوكته وأتباعه فيسمع له ويطاع. وقال أبو عمر في تمهيده: ذهبت طائفة من المعتزلة وعامة الخوارج إلى منازعة الجائر قال: وأما أهل الحق وهم أهل السنة فقالوا: الصبر على طاعة الجائر أولى. قال: والأصول تشهد والعقل والدين أن أعظم المكروهين أولاهما بالترك. قال: وكتب ابن مروان لعبد الله بن عمران يبايع الحجاج قال: لأن فيك خصالاً لا تصح معها الخلافة وهي البخل والغيرة والعي.

(١) رواه مسلم في كتاب الإمارة حديث ٣٠.

(٢) رواه البخاري في كتاب الأحكام باب ٤. كتاب الآحاد باب ١. كتاب المغازي باب ٥٩. مسلم في كتاب الإمارة حديث ٣٩، ٤٠. أبو داود في كتاب الجهاد باب ٨٧. النسائي في كتاب البيعة باب ٣٤. أحمد في مسنده (١/٨٢، ٩٤، ١٢٤).

فَلِلْعَدْلِ قِتَالُهُمْ، وَإِنْ تَأَوَّلُوا:

واجبة ولما حلت مخالفته، فلو أمر بما زجر الشرع عنه زجر تنزيه لا تحريم فهذا مشكل والأظهر

فجاوبه ابن عمر: سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا وإليك المصير. اللهم إن ابن مروان يعيرني بالبخل والغيرة والعي، فلو وليت وأعطيت الناس حقوقهم وقسمت بينهم فأي حاجة لهم حينئذ في مالي يعني فيبخلوني، ولو جلست إليهم مجالسهم فقضيت حوائجهم لم تبق لهم حاجة في شيء فيعرفون غيرتي، وما من قرأ كتاب الله ووعظ به بعيي. وقال ابن يونس: من صلى خلف من يشرب الخمر أعاد أبداً. قال ابن حبيب: إلا أن يكون الإمام الذي تؤدي إليه الطاعة فلا يعيد إلا أن يكون في حال صلاته سكراناً. قاله من لقيت من أصحاب مالك. قال ابن حبيب: أو قاض أو خليفة أو صاحب شرطة، فيجوز أن يصلي خلفهم الجمعة أو غيرها إذ منع الصلاة معهم داعية إلى الخروج من طاعتهم. وقد صلى عبد الله بن عمر خلف الحجاج ونجدة الحروري. وقال عياض في إكماله: أحاديث مسلم كلها حجة في منع الخروج على الأئمة الجورة وفي لزوم طاعتهم. وقال قبل ذلك: جمهور أهل السنة من أهل الحديث والفقه والكلام أنه لا يخلع السلطان بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق. ولا يجب الخروج عليه بل يجب وعظه وتخويفه. زاد أبو حامد: وتضييق صدورهم. وقال أبو عمر في تمهيده في قوله ﷺ: «الدين النصيحة إلي ولأئمة المسلمين» قال: أوجب ما يكون هذا على من واكلهم وجالسهم وكل من أمكنه نصح السلطان لزمه ذلك. قال مالك: وذلك إذا رجا أن يسمع. قال أبو عمر: والادعاء لهم فإنهم كانوا ينهون عن سبب الأمراء ثم نقل بسنده: كان الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ ينهون عن سب الأمراء. انظر عند قوله: «وزيد للإمام الأعظم كونه قرشياً» **(فللعدل قتالهم)** ابن عرفة: لو قام على إمام من أراد إزالة ما بيده فقال مالك: إن كان مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه، وأما غيره فلا، قال ابن بطال: دعا علي رضي الله عنه بعضهم إلى القتال معهم فأبوا أن يجيبوا فعذرهم، وكذا يجب على الإمام أن لا يعيب من تخلف عنه في قتال البغاة. القرافي: الزواجر مشروعة لدرء المفسدة المتوقعة وقد لا يكون المزجور آثماً كالصبيان والمجانين والبهائم، وكذلك البغاة إنما قتالهم درء لتفريق الكلمة مع عدم التأثيم لأنهم متأولون قال: ويفترق قتالهم من قتال الكفار بأحد عشر وجهاً منها: أنه يقصد بالقتال ردعهم لا قتلهم، ويكف عن مدبرهم ولا يجهز على جريحهم، ولا يقتل أسراهم ولا تغنم أموالهم، ولا تنصب عليهم الرعادات، ولا تحرق مساكنهم ولا تقطع أشجارهم ولا يدعهم على مال، ويفترق أيضاً قتالهم من قتال المحاربين بأن البغاة لا يطلبون بما استهلكوه من دم ومال وما أخذوه من خراج وزكاة وسقطت عمن كانت عليه، ولما ذكر عز الدين مثل الزواجر قال ما نصه: المثال الثاني الزجر عن مفسدة البغي، فإن رجعوا إلى الطاعة كففنا عن قتلهم وقتالهم، وهذا زجر عن مفسدة لا إثم فيها **(وإن تأولوا)** أبو عمر: رأى مالك قتال الخوارج. ابن يونس: قال مالك: يستتاب أهل الأهواء من القدرية وغيرهم وذلك إذا كان الإمام عدلاً ولا يصلى عليهم. قال سحنون: أدباً لهم. قال أبو عمر: وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث إلى ترك قتالهم. وكتب عمر بن عبد العزيز في الخوارج إن كان رأي القوم أن

كَالْكُفَارِ، وَلاَ يُسْتَرَقُّوا، وَلاَ يُحْرَقُ شَجَرُهُمْ، وَلاَ تُرْفَعُ رُؤُوسُهُمْ بِأَرْمَاحٍ، وَلاَ يَدْعُوهُمْ بِمَالٍ، وَٱسْتُعِينَ بِمَالِهِمْ عَلَيْهِمْ إِنْ ٱحْتِيجَ لَهُ، ثُمَّ رُدَّ: كَغَيْرِهِ، وَإِنْ أُمِنُوا: لَمْ يُتَّبَعْ مُنْهَزِمُهُمْ، وَلَمْ يُذَفَّفْ عَلَى جَرِيحِهِمْ، وَكُرِهَ لِلرَّجُلِ: قَتْلُ أَبِيهِ، وَوَرِثَهُ، وَلَمْ يَضْمَنْ مُتَأَوِّلٌ أَتْلَفَ نَفْساً أَوْ مَالاً،

جواز المخالفة تمسكاً بقوله: «إنما الطاعة في المعروف» وهذا ليس بمعروف إلا أن يخاف على نفسه منه فله أن يقتتل انتهى. وتقدم في الاستسقاء شيء من هذا المعنى. ص: **(وكره لرجل قتل أبيه)** ش: هذا هو المشهور وروى جوازه ابن عبد السلام. وهذا الخلاف مقصور على الأب ولا يتعداه إلى الجد، وقد تقدم في غير هذا الموضع اختلاف الطرطوشي وعياض في الجد هل يتنزل منزلة الأب في وجوب البر انتهى.

يسيحوا في الأرض من غير فساد على الأئمة ولا على أحد من أهل الذمة ولا على قطع سبيل من سبل المسلمين فليذهبوا حيث شاؤا، وإن كان إنما رأيهم القتال فوالله لو أن أبكاري خرجوا رغمة عن جماعة المسلمين لأرقت دماءهم. التمس بذلك وجه الله. ابن شاس: بناء ب غ ى للطلب، ووقع التعبير بها هنا عمن يبغي ما لا ينبغي على عادة اللغة في تخصيص الاسم ببعض متعلقاته وهو الذي يخرج على الإمام يبتغي خلفه أو يمتنع من الدخول في طاعته أو يمنع حقاً وجب عليه بتأويل قاتل الصديق مانعي الزكاة بالتأويل وكذلك على قاتل أهل الشام **(كالكفار)** في النوادر: إذا امتنع أهل البغي وإن كانوا متأولين من الإمام العدل فله فيهم ماله في الكفار ولا يرميهم بالنار وأن لا يكون فيهم نساء ولا ذرية **(ولا يسترقـوا)** قال سحنون في الخوارج: سماهم النبي ﷺ مارقين ولم يسمهم كفاراً، وسن علي رضي الله عنه قتالهم فلم يكفرهم ولا سباهم ولا أخذ أموالهم، فمواريثهم قائمة ولهم أحكام أهل الإسلام في ذلك، وإنما قوتلوا بالسنة وبما أحدثوا من البدعة فكان ذلك كحد يقام عليهم، ولا يتبعوا بما سفكوا من دم ونالوا من فرج لا بقود ولا بدية ولا صداق ولا حد **(ولا تحرق أشجارهم ولا ترفع رؤوسهم بأرماح)** تقدم نص القرافي: لا تحرق مساكنهم ولا تقطع أشجارهم ولا يستعان على قتالهم بمشرك ولا يوادعهم على مال **(ولا يدعوهم بمال)** تقدم نص القرافي: لا يوادعهم على مال **(واستعين بمالهم عليهم إن احتيج له ثم رد)** قال عبد الملك: ما أصاب الإمام من عسكر أهل البغي من كراع أو سلاح فإن كانت لهم فئة قائمة فلا بأس أن يستعين به الإمام ومن معه على قتالهم إن احتاجوا إليه، فإن زالت الحرب رد لأهله **(كغيره)** قال عبد الملك: وغير السلاح والكراع توقف حتى ترد إليهم، وإن لم تكن فهم فئة قائمة رد ذلك من سلاح وغيرها، وكذا فعل علي رضي الله عنه **(وإن أمنوا لم يتبع منهزمهم ولم يذفف على جريح)** قال عبد الملك: إن أسر من الخوارج أسير وقد انقطعت الحرب فلا يقتل، وإن كانت الحرب قائمة فللإمام قتله ولو كانوا جماعة إذا خاف أن يكون منهم ضرر. وعلى هذا يجري حكم التذفيف على الجريح واتباع المنهزم، وقاله سحنون. وعبارة ابن الحاجب: إذا ظهر عليهم وأمنوا فلا يذفف على جريحهم ومنهزمهم **(وكره لرجل قتل أبيه)** ابن سحنون: ولا بأس أن يقتل الرجل في قتالهم أخاه وقرابته، فأما الأب وحده فلا أحب قتله تعمداً وكذلك الأب الكافر **(وورثه)** تقدم نص سحنون: مواريثهم قائمة **(ولم يضمن متأول أتلف نفساً ومالاً)**.

وَمَضَى حُكْمُ قَاضِيهِ، وَحَدٌّ أَقَامَهُ، وَرُدَّ ذِمِّيٌّ مَعَهُ لِذِمَّتِهِ، وَضَمِنَ الْمُعَانِدُ النَّفْسَ وَالْمَالَ، والذِّمِّيُّ مَعَهُ نَاقِضٌ، وَالْمَرْأَةُ الْمُقَاتِلَةُ: كَالرَّجُلِ.

باب الردة

الرِّدَّةُ: كُفْرُ الْمُسْلِمِ

باب

ص: **(الردة كفر المسلم)** ش: نسأل الله تعالى العصمة منها ومن سائر الكبائر وأن يتوفنا مسلمين. واحترز بقوله: «كفر المسلم» مما إذا انتقل الكافر من دينه إلى دين آخر فإن المشهور أنه لا يتعرض له كما سيصرح بذلك المصنف وهو قول مالك. وقيل: إنه يقتل إلا أن يسلم قاله الشارح وأظنه لابن الماجشون اهـ. قلت: وقال في الشفاء: اختلف العلماء في الذي يتزندق فقال مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ: لا يقتل لأنه خرج من كفر إلى كفر.

من المدونة: والخوارج إذا خرجوا فأصابوا الدماء والأموال ثم تابوا ورجعوا وضعت الدماء عنهم ويؤخذ منهم ما وجد بأيديهم من مال بعينه، وما استهلكوه لم يتبعوا به ولو كانوا أملياء لأنهم متأولون بخلاف المحاربين. انظر قبل هذا عند قوله: «وإن تأولوا» **(ومضى حكم قاضيه وحد أقامه)** ابن شاس: إن ولى البغاة قاضياً وأخذوا زكاة وأقاموا حداً فقال الأخوان: ينفذ ذلك كله، وقال ابن القاسم: لا يجوز. ابن عرفة: قال ابن عبد السلام: ظاهر المذهب إمضاء ذلك. ونص المدونة: ما أخذوه من الزكاة تجزي عن أربابها **(ورد ذمي معه إلى ذمته)** الشيخ: وظاهره من الواضحة إن قاتل مع المتأولين أهل الذمة وضع عنهم ما وضع عنهم وردوا لذمتهم **(وضمن معاقد النفس والمال)** ابن شاس: أما أحكام البغاة ثم قال: وما أتلفوه في الفتنة فلا ضمان فيه من نفس ولا مال. هذا إن كانوا خرجوا على تأويل، وأما أهل العصبية وأهل الخلاف لسلطانهم بغياً بلا تأويل فيؤخذون بالقصاص ورد المال قائماً كان أو فائتاً. انظر قبل هذا عند قوله: «كزاحفة على دافعة والذمي معه ناقض». ابن شاس: إن كان المستعينون بأهل الذمة أهل عصبية وخلاف الإمام العدل فهو نقض لعهدهم، وإن كان السلطان غير عادل واستعانوا بأهل الذمة فليس ذلك نقضاً لعهد أهل الذمة. ابن عرفة: هذا إن خرجوا مع أهل العصبية طوعاً **(والمرأة المقاتلة كالرجل)** ابن شاس: إذا قاتل النساء بالسلاح مع البغاة فلأهل العدل قتلهن في القتال، فإن لم يكن قتالهن إلا بالتحريض ورمي الحجارة فلا يقتلن، وإن أسرن وقد كن يقاتلن قتال الرجال لم يقتلن إلا أن يكن قد قتلن. قال الشيخ أبو محمد: يريد في غير أهل التأويل.

باب

ابن شاس: الجناية الثانية الردة والنظر في حقيقتها وحكمها **(الردة كفر المسلم)** ابن عرفة: الردة كفر بعد إسلام تقرر. المتيطي: إن نطق الكافر بالشهادتين ووقف على شرائع الإسلام وحدوده ثم

بِصَرِيحٍ، أَوْ لَفْظ يَقْتَضِيهِ، أَوْ فِعْلٍ يَتَضَمَّنُهُ: كَإِلْقَاءِ مُصْحَفٍ بِقَذِرٍ، وَشَدِّ زُنَّارٍ، وَسِحْرٍ، وَقَوْلٍ بِقِدَمِ الْعَالَمِ أَوْ بَقَائِهِ، أَوْ شَكٍّ فِي ذَلِكَ أَوْ بِتَنَاسُخِ الأَرْوَاحِ أَوْ فِي كُلِّ جِنْسٍ نَذِيرٌ

وقال ابن الماجشون: يقتل لأنه دين لا يقرأ عليه أحد ولا تؤخذ عليه جزية. **ص: (وسحر) ش:** ظاهر كلامه أن السحر ردة وأنه يستتاب الساحر إذا أظهر ذلك، فإن تاب وإلا قتل. والقول الراجح فيه أن حكمه حكم الزنديق يقتل ولا تقبل توبته إلا أن يجيء تائباً بنفسه. انظر ابن الحاجب والتوضيح. **ص: (وقول بقدم العالم أو ببقائه) ش:** قال في الشفاء: وكذلك يقطع بكفر من قال بقدم العالم أو ببقائه أو شك في ذلك انتهى. فقول الشارح هذا على القول بتكفير هؤلاء. ولمالك وغيره فيهم قولان يوهم أن في كفر من قال بقدم العالم أو ببقائه خلافاً وليس كذلك والله أعلم. **ص: (أو شك في ذلك) ش:** تقدم النص عليه في كلام الشفاء. وقول الشارح إن هذا ليس من الأمور الثلاثة يعني قول المصنف بصريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه. وعليه فالحد الذي ذكره ليس بجامع لخروج هذا النوع منه غير ظاهر، لأن التلفظ بالشك في ذلك داخل في اللفظ الذي يقتضي الكفر، وأما الشك من غير أن يتلفظ بذلك فهو وإن كان كفراً لا شك فيه لكنه لا يوجب الحكم بكفره ظاهراً إلا بعد التلفظ بذلك كما أن اعتقاد الكفر من غير تلفظ به كفر ولكن لا يحكم على صاحبه بالكفر إلا بعد التلفظ بما يقتضيه فتأمله والله أعلم. **ص: (أو بتناسخ الأرواح) ش:** أي انتقالها في الأشخاص الآدمية

التزامها إسلامه وإن أبى من التزامها لم يقبل منه إسلامه ولم يكره على التزامها وترك على دينه ولم يعد مرتداً **(بصريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه)** ابن شاس: ظهور الردة إما التصريح بالكفر أو بلفظ يقتضيه. ابن عرفة: قوله: «بلفظ يقتضيه» كإنكار غير حديث بالإسلام وجوب ما علم وجوبه من الدين ضرورة **(كإلقاء مصحف بقذر وشد زنار)** ابن عرفة: قول ابن شاس: «أو بفعل يتضمنه» هو كلبس الزنار وإلقاء المصحف في صريح النجاسة والسجود للصنم ونحو ذلك **(وسحر)** محمد: قول مالك وأصحابه أن الساحر كافر بالله تعالى قال مالك: هو كالزنديق إذا عمل السحر بنفسه قتل ولم يستتب. ومن لم يباشر عمل السحر وجعل من يعمله له ففي الموازية يؤدب أدباً شديداً. الباجي: ولا يقتل الساحر حتى يثبت أن ما يفعله هو من السحر الذي وصفه الله بأنه كفر. قال أصبغ: يكشف عن ذلك من يعرف حقيقته. يريد ويثبت ذلك عن الإمام لأنه معنى يجب به القتل فلا يحكم به إلا بعد ثبوته وتحقيقه كسائر ما يجب به القتل، وفي الموازية: فالذي يقطع أذن الرجل أو يدخل السكاكين في جوف نفسه إن كان سحراً قوتل، وإن كان خلافه عوقب. وفي المبسوط في امرأة عقدت زوجها عن نفسها أو عن غيرها أنها تنكل ولا تقتل **(وقول بقدم العالم أو بقائه أو شك في ذلك أو بتناسخ الأرواح)** عياض: وكذلك يقطع على كفر من قال بقدم العالم أو بقائه أو شك في ذلك على مذهب الفلاسفة والدهرية، أو قال بتناسخ الأرواح أو انتقالها أبد الأبد في الأشخاص **(أو بقوله في كل جنس نذير)** عياض: وكذلك يكفر من ذهب إلى مذهب بعض القدماء في أن لكل جنس من الحيوان نذيراً

أَوِ ادَّعَى شِرْكاً مَعَ نُبُوَّتِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ أَوْ بِمُحَارَبَةِ نَبِيٍّ. أَوْ جَوَّزَ اكْتِسَابَ النُّبُوَّةِ أَوِ ادَّعَى أَنَّهُ يَصْعَدُ لِلسَّمَاءِ أَوْ يُعَانِقُ الحُورَ. أَوْ اسْتَحَلَّ: كَالشُّرْبِ لاَ بِأَمَاتَهُ اللَّهُ كَافِراً عَلَى الأَصَحِّ وَفُصِّلَتِ الشَّهَادَةُ فِيهِ.

وغيرها وأن تعذيبها وتنعيمها بحسب زكاتها وخبثها، فإذا كانت النفس شريرة أخرجت من قالبها التي هي فيه وألبست قالباً يناسب شرها من كلب أو خنزير أو سبع ونحو ذلك فإن أخذت جزاء شرها بقيت في ذلك القالب تنتقل من فرد إلى فرد، وإن لم تأخذ انقلبت إلى قالب أشر منه، وكذلك حتى تستوفي جزاء الشر. وفي الخير تنتقل إلى أعلى، ولذلك يعتقدون أن لا خير ولا شر ولا جنة ولا نار نسأل الله السلامة، فأدى اعتقاد التناسخ إلى إنكار ما أجمع المسلمون عليه والله أعلم. ص: **(أو ادعى أنه يصعد إلى السماء أو يعانق الحور)** ش:.

فرع: قال الأبي في شرح مسلم في كتاب الحج في شرح قول عمران بن حصين ما نصه: كلام الملائكة مع غير الأنبياء يصح. وكان الشيخ ابن عبد السلام يحكي عن بعض الطلاب من شيوخ زمانه أن من قام اليوم كلمتني الملائكة يستتاب والحديث يرد عليه. والصواب أن ذلك يختلف بحسب حال من زعمه، فإن كان متصفاً بالصلاح تجوز عنه وإلا زجر عن قول ذلك بحسب ما يراه الحاكم. ومن هذا المعنى ما يتفق لبعضهم أن يقول قيل لي وخوطبت. وكان الشيخ أبو عبد الله يعني ابن عرفة يشدد القول فيه وفي إنكاره على من زعمه اهـ. وفي الشفاء: وكذلك من ادعى مجالسة الله والعروج إليه ومكالمته يعني أنه كافر بإجماع المسلمين انتهى. وقال ابن عبد السلام الشافعي في أماليه: إذا قال ولي من أولياء الله تعالى أنا

أو نبيهاً من القردة والخنازير والدواب والدود **(أو ادعى شركاً مع نبوته ﷺ)** عياض: وكذلك يكفر من ادعى نبوة أحد مع نبينا ﷺ أو بعده كالعيسوية وكالجرمية وكأكثر الرافضة. **(أو بمحاربة نبي)** عياض: وكذلك أجمع على تكفير من استخف بأحد من الأنبياء أو أزرى عليهم أو آذاهم أو حارب نبينا ﷺ فهو كافر بإجماع **(وجوز اكتساب النبوة أو ادعى أنه يصعد للسماء أو يعانق الحور)** عياض: وكذلك وقع الإجماع على تكفير كل من دافع نص الكتاب ثم قال بعد كلام: أو ادعى النبوة لنفسه أو جوز اكتسابها والبلوغ بتصفية القلب إلى مرتبتها كالفلاسفة وعامة المتصوفة، وكذلك من ادعى منهم أنه يوحى إليه وإن لم يدع النبوة، أو أنه يصعد إلى السماء ويدخل الجنة ويأكل من ثمرها ويعانق الحور، فهؤلاء كلهم كفار مكذبون للنبي ﷺ **(أو استحل كالشرب)** عياض: وكذا أجمع المسلمون على تكفير كل من استحل القتل أو شرب الخمر أو شيئاً مما حرم الله بعد علم هذا بتحريمه كأصحاب الإباحة من القرامطة وبعض غلاة المتصوفة **(لا بأماته الله كافراً على الأصح وفصلت الشهادة فيه)** ابن شاس: لا ينبغي أن تقبل الشهادة على الردة دون تفصيل لاختلاف المذاهب في التكفير. ابن عرفة: هذا حسن وهو مقتضى قوله في الشهادة في السرقة ينبغي للإمام إذا شهدت عنده بينة أن فلاناً سرق ما يقطع في مثله أن يسألهم عن السرقة ما هي وكيف هي ومن أين

وَٱسْتُتِيبَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ بِلاَ جُوعٍ وَعَطَشٍ وَمُعَاقَبَةٍ وَإِنْ لَمْ يَتُبْ فَإِنْ تَابَ وَإِلاَّ: قُتِلَ.

الله عزر التعزير الشرعي وهذا لا ينافي في الولاية إذ الأولياء غير معصومين انتهى. قلت: وانظر ما مراده بالتعزير الشرعي هل هو الاستتابة أو غيرها؟ والظاهر أنه الاستتابة لأن هذا القول فيه دعوى الألوهية أو حلول الباري سبحانه وتعالى فيه فتأمله. ص: **(واستتيب ثلاثة أيام) ش:** ظاهر كلامه أن تأخيره ثلاثة أيام واجب. هكذا قال في التوضيح أنه ظاهر المذهب. وقال ابن العربي في أول كتاب التوسط في أصول الدين: ألا ترى أن المرتد استحب العلماء له الإمهال لعله إنما ارتد لريب فيتربص به مدة لعله أن يراجع الشك باليقين والجهل بالعلم، ولا يجب ذلك لحصول العلم بالنظر الصحيح أولاً اهـ. وقال القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة: وعرض التوبة واجب على الظاهر من المذهب إلا أنه إن قتله قاتل قبل استتابته فبئس ما صنع ولا يكون فيه قود ولا دية انتهى. وانظر نوازل سحنون من كتاب الديات. ص: **(فإن تاب وإلا قتل) ش:** فإن تاب فلا عقوبة عليه. نص عليه في التوضيح وابن عرفة وصاحب اللباب والذخيرة وأصله في البيان في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين، وفي أواخر القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون.

مسألة: وفي عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب: إذا ارتد ثم تاب ثم ارتد ثم تاب لم يعزر في المرة الأولى، ويجوز أن يعزر في المرة الثانية والثالثة والرابعة إذا رجع إلى الإسلام ولست أعرفه منصوصاً ولكن يجوز عندي. والفرق بين الأولى وغيرها أنه في الأولى يجوز أن يكون حصلت له شبهة فارتد ثم رجع بسبب زوالها، فإذا عاود الردة بعد زوال الشبهة ثم تاب ضرب لأنه لم يبق له شبهة ولا يزاد على التعزير ولا يحبس ولا يقتل انتهى.

تنبيه: صرح في الشفاء بأن من سب النبي ﷺ إذا قلنا إن ذلك ردة وأنه يستتاب فإنه

أخذها وإلى أين أخرجها **(واستتيب ثلاثة أيام بلا جوع وعطش ومعاقبة ما لم يتب فإن تاب وإلا قتل)** قال الرسول ﷺ: «من غير دينه فاقتلوه»[1] قال مالك: وذلك فيمن خرج من الإسلام إلى غيره لا من خرج من ملة سواه إلى غيرها. وجاء عن عمر رضي الله عنه وعن غيره استتابة المرتد ثلاثاً لقوله سبحانه: ﴿قل للذين كفروا أن ينتهوا﴾ [الأنفال: ٣٨] وسئل مالك عن قول عمر: ألا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه في كل يوم رغيفاً فقال: لا بأس به وليس بالمجمع عليه. قال مالك: وإذا تاب المرتد قبلت توبته ولا حد عليه فيما صنع في ارتداده. ومن ابن شاس: ثم عرض التوبة على المرتد واجب والنص أنه يمهل ثلاثة أيام. قال مالك: وما علمت في استتابته تعطيشاً ولا تجويعاً ولا عقوبة عليه إذا تاب. ابن

---

(١) رواه البخاري في كتاب الجهاد باب ١٤٩. كتاب الاعتصام باب ٢٨. كتاب الاستتابة باب ٢. أبو داود في كتاب الحدود باب ٢٥. النسائي في كتاب التحريم باب ١٤. ابن ماجة في كتاب الحدود باب ٢. أحمد في مسنده (١/٢، ٧، ٢٨٢، ٢٨٣، ٣٢٣) (٥/٢٣١) بلفظ «بَدَّل» بدل «غَيَّر».

وَٱسْتُبْرِئَتْ بِحَيْضَةٍ. وَمَالُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَإِلاَّ فَفِيءٌ وَبَقِيَ وَلَدُهُ مُسْلِماً: كَأَنْ تُرِكَ وَأُخِذَ مِنْهُ ما جَنَى عَمْداً عَلَى عَبْد: أَوْ ذِمِّيٍّ لاَ حُرٍّ مُسْلِمٍ. كَأَنْ هَرَبَ لِدَارِ الحَرْبِ إِلاَّ حَدَّ الفِرْيَةِ.

إن تاب نكل، وكذلك من كانت ردته بسبب كلام ساقط في حق الباري أو سب له فإنه

الحاجب: إن لم يبت لم يقم عليه غير الفرية ويقتل. وانظر قبل قوله: «لا حد الفرية إن أخذ على ارتداده لم يستتب إن حارب بأرض الكفر أو بأرض الإسلام» **(واستبرئت بحيضة)** أما في حد الزنا فسيأتي عند قوله: «وتؤخر المتزوجة لحيضة» وقد تقدم عند قوله: «والحامل وإن بجرح مخوف» ما في الموازية وأنها لا تصدق في دعوى الحمل **(ومال العبد لسيده وإلا ففيء)** ابن شاس: أما مال المرتد ثم قال: أما إن مات أو قتل على ردته فماله فيء إلا أن يكون عبداً فماله لسيده انتهى. انظر من ارتد قبل البلوغ في المدونة. قلت: أرأيت الغلام إن ارتد قبل بلوغه الحلم قال: لا يصلى عليه ولا تؤكل ذبيحته. قال سحنون: يصلى عليه لأنه يكره على الإسلام ويرثه ورثته. اللخمي: الأحسن أن لمن ارتد حكم المرتد ولمن أسلم حكم المسلم. قال ابن القاسم: من قال في مرضه لم أكن قط مسلماً وكنت أرائي فإنه لا يرثه ورثته المسلمون ولا غيرهم ونحوه لمالك. وفي كتاب ابن حبيب: إن اتهم أنه أراد منع ورثته ورثوه انتهى. وانظر لو مات للمرتد موروث في حال ارتداده فإن مات على ردته لم يرثه. فإن راجع الإسلام فقال ابن القاسم: لا يرثه. وقال أشهب: يرثه كما يرجع إليه ماله. وعبارة المدونة: إن رجع إلى الإسلام كان أولى بماله خلافاً لما في المبسوط. وفي النكت: إذا وقف مال المرتد لم ينفق منه على ولده الصغار وينفق منه على أم ولده ومدبره. انظر هذا فهو الذي يأتي على قول ابن القاسم أنه إن راجع الإسلام ردت إليه أم ولده **(وبقي ولده مسلماً كأن ترك)** انظر ما نقص هنا. ابن شاس: أما ولد المرتد فلا يلحق به في الردة إذا كان صغيراً إذ تبعية الولد لأبيه إنما تكون في دين يقر عليه، فإن قتل الأب على الكفر بقي الولد مسلماً. ومن ابن عرفة قال ابن القاسم: صغير ولد المرتد إن كان ولده قبل ردته جبر على الإسلام وضيق عليه ولا يبلغ به الموت، وإن ولده بعد ردته جبروا على الإسلام وردوا إليه، وإن لم يدركوا حتى بلغوا تركوا لأنهم ولدوا على ذلك. وقال ابن القاسم: من ترك ولده الصغير مع مطلقته النصرانية لأنه ابنها فغفل عنه حتى احتلم على النصرانية إن لم يرجع للإسلام لم يقتل **(وأخذ منه لا جنى عمداً على عبد أو ذمي لا حر مسلم كأن هرب لبلاد الحرب)** ابن شاس: لو قتل في ردته حراً عمداً وهرب لبلاد الحرب لم يكن لولاة المقتول في ماله شيء ولا ينفق على ولده ولا على عياله منه بل يوقف، فإن مات فهو فيء وإن كان القتيل عبداً أو ذمياً أخذ ذلك من ماله. انظر آخر فصل من كتاب المحاربين من المقدمات. ولابن رشد: لا خلاف إذا لحق بدار الشرك فتنصر وأصاب الدماء والأموال ثم أخذ فأسلم أنه يهدر عنه جميع ما أصاب كالحربي إذا أسلم سواء. وهذا إذا لم يكفر مجنوناً وفاسقاً، ولو ارتد وأصاب الدماء والأموال في بلد الإسلام ثم أسلم انهدرت عنه حقوق الله تعالى من الزنا والسرقة وحد الحرابة، وأخذ بحقوق الناس من الأموال والدماء والجراح على مذهب ابن القاسم، وأما إذا أخذ على ارتداده فلا خلاف أنه يقتل ولا يستتاب، وسواء كانت حرابته في أرض الشرك أو في أرض الإسلام **(إلا حد الفرية)** من المدونة: إن قتل على

وَالخَطَأُ عَلَى بَيْتِ المَالِ: كَأَخْذِهِ جِنَايَةً عَلَيْهِ. وَإِنْ تَابَ فَمَالُهُ لَهُ. وَقُدِّرَ كَالمُسْلِمِ فِيهِمَا وَقُتِلَ المُسْتَتِرُ بِلاَ ٱسْتِتَابَةٍ إِلاَّ أَنْ يَجِيءَ تَائِباً. وَمَالُهُ لِوَارِثِهِ وَقُبِلَ عُذْرُ مَنْ أَسْلَمَ. وَقَالَ: أَسْلَمْتُ عَنْ ضِيْقٍ إِنْ ظَهَرَ: كَأَنْ تَوَضَّأَ وَصَلَّى، وَأَعَادَ مَأْمُومُهُ، وَأُدِّبَ مَنْ تَشَهَّدَ، وَلَمْ يوقَفْ عَلَى الدَّعَائِمِ:

يؤدب. وقاله في الشفاء أيضاً والله أعلم. ص: **(وماله لوارثه) ش:** يعني أن مال المرتد لوارثه وهذا إذا تاب، وأما إذا لم يتب فلا. قاله ابن بكير في أحكام القرآن، وانظر أواخر الشفاء وابن

ردته فالقتل يأتي على كل حد أو قصاص وجب عليه للناس إلا القذف فإنه يحد له ثم يقتل. وفي المدونة: إذا قذف الحربي مسلماً ثم أسلم أو أسر لم يحد للقذف، ألا ترى أن القتل موضوع عنه. ابن عرفة: كأن يجري لنا أن هذين النصين متناقضان **(والخطأ على بيت المال كأخذه جناية عليه)** ابن الحاجب: لو قتل المرتد مسلماً حراً خطأ فإن لم يتب فالدية على بيت المال إن تاب فالدية على تفصيلها كالمسلم والجناية عليه تقدمت وعقلها إن لم ينسب للمسلمين وإن تاب فله. ابن شاس: وعمد من جرحه كالخطأ لا يقاد منه. ولو جرحه عبد أو نصراني فلا قود له لأنه ليس على دين يقر عليه وفيه العقل **(وإن تاب فماله له)** قال ابن القاسم: يوقف السلطان مال المرتد قبل أن يقتل. ابن عرفة: والمعروف إن تاب رجع إليه ماله. انظر قبل قوله: «وبقي ولده» **(وقدر كالمسلم فيها)** ابن الحاجب: إن تاب المرتد قدر جانياً مسلماً في القود والعقل. وفي كتاب محمد: الأحب إلي إذا تاب المرتد أن يكون ما قتله مسلم أو ذمي عمداً أو خطأ كأنه فعل ذلك وهو مسلم، وكذلك فيما جرح أو جنى على عبد أو سرق أو قذف فليقسم عليه إن تاب ما يقام على المسلم إذا فعله وتحمل عاقلته من الخطأ الثلث فأكثر ويقتص منه الحربي جراح العمد ويحد في قذفه ويقطع إن سرق، وقد تقدم قول ابن رشد إن لحق بأرض الكفر أنه كالحربي يهدر عنه ما أصاب من دم ومال **(وقتل المستسر بلا استتابة إلا أن يجيء تائباً وماله لورثته)** ابن عرفة: الزنديق من يظهر الإسلام ويسر الكفر، إن ثبتت زندقته بإقراره ففي قبول توبته طريقان: الأولى قبولها اتفاقاً. ابن الحاجب: لا يقتل الزنديق إذا جاء تائباً على الأصح بخلاف من ظهر عليه. ابن شاس: من ظهر عليه قتل لأنه إذا ظهر عليه لم يخرج بما أبداه عن عادته ومذهبه، فإن التقية عند الخوف عين الزندقة. قال: ويقتل ولا يستتاب ويكون ميراثه لورثته المسلمين. وكذلك من عبد شمساً أو قمراً أو حجراً أو غير ذلك مستسراً به مظهراً للإسلام عليهم وهم يقرون بالإسلام وهم بمنزلة المنافقين على عهد النبي ﷺ **(وقبل عذر من أسلم وقال أسلمت عن ضيق إن ظهر)** روى ابن القاسم في نصراني أسلم ثم ارتد عن قرب وقال: أسلمت عن ضيق ضيق علي، فإن علم أنه من ضيق حال أو خوف أو شبهه عذر وقاله ابن القاسم وابن وهب، وإذا كان عن ضيق أو عذاب أو غرم أو خوف. قال أصبغ: إذا صح ذلك وكان زمان يشبه ذلك في جوره **(كأن توضأ وصلى وأعاد مأمومه)** سمع يحيى ابن القاسم في إمام صحب قوماً يصلي بهم أياماً ثم تبين أنه نصراني: أعادوا ما صلوا خلفه أبداً ولا قتل عليه **(وأدب من تشهد ولم يوقف على الدعائم)** المتيطي: إن نطق الكافر بالشهادتين ولم يوقف على شرائع الإسلام وحدوده فلما وقف عليها أبى من التزامها، فالمشهور أنه يؤدب ويشدد عليه، فإن تمادى على إبايته ترك في لعنة الله، قاله مالك وابن

كَسَاحِرٍ ذِمِّيٍّ، إِنْ لَمْ يُدْخِلْ ضَرَراً عَلَى مُسْلِمٍ، وَأَسْقَطَتْ: صَلاَةً، وَصِيَاماً وَزَكَاةً، وَحَجًّا تَقَدَّمَ. وَنَذْراً. وَكَفَّارَةً، وَيَمِيناً بِاللَّهِ، أَوْ بِعِتْقٍ، أَوْ ظِهَارٍ، وَإِحْصَاناً،

عرفة. ص: **(وأسقطت صلاة وصياماً إلى قوله وإحصاناً)** ش: أي وأسقطت الردة عن المرتد صلاة وصياماً وزكاة أي أبطلت الصلاة والصيام والزكاة التي تعلقت بالمرتد من حين تعلق ذلك به إلى حين رجوعه إلى الإسلام، سواء كان فعل ذلك أو لم يفعله. فإن كان فعل ذلك فالإسقاط بمعنى إبطال ثوابه المرتب عليه، وإن كان لم يفعل ذلك فالإسقاط بمعنى إبطال تعلقه بذمته، وسواء وجب ذلك قبل الردة أو أدركه وقت وجوبه وهو في حال الردة.

فرع: فلو صلى صلاة ثم ارتد في وقتها ثم رجع إلى الإسلام ووقتها باقٍ بحيث يدرك منها ركعة لزمته. نقله أبو الحسن في كتاب النكاح الثالث. وأسقطت الردة حجاً تقدم من المرتد في حال إسلامه. والإسقاط هنا بمعنى إبطال ثوابه، ويجب عليه استئناف الحج على المشهور لأن وقته متسع إلى آخر العمر فيجب عليه بخطاب مبتدأ كما يجب عليه الصلاة والصيام والزكاة للأوقات المستقبلة. قاله أبو الحسن الصغير. وقيل: لا يجب عليه استئناف الحج.

فرع: فلو ارتد وهو محرم بطل إحرامه. قاله في النوادر. فإن كان تطوعاً لم يلزمه قضاؤه، وإن كان فرضاً أو قد كان حج الفرض قبل ذلك فإنه لا بد له من استئناف حج الفريضة انتهى.

تنبيه: يفهم من كلامه أنه لا يلزمه قضاء ما أفسده من الحج والعمرة قبل ردته لأن ذلك قد بطل وسقط من ذمته فتأمله والله أعلم. وأسقطت الردة عن المرتد نذراً نذره في حال إسلامه أو في حال ردته، وأسقطت الردة على المرتد بالله حلفها في حال إسلامه أو في حال ردته أو يميناً بعتق. وظاهر كلام المصنف سواء كانت اليمين بعتق معين أو بعتق غير معين، وهذا ظاهر المدّونة. وقال ابن الكاتب: وهذا في غير المعين، وأما المعين فيلزمه لأنه تعلق به حق إنسان معين قبل ردته فلا يسقط عنه كما يلزمه تدبيره. قال ابن يونس: يظهر لي أن تدبيره كعتقه وطلاقه وذلك بخلاف أيمانه، ألا ترى أن النصراني يلزمه تدبيره إذا أسلم ولا يلزمه يمينه وكذلك المرتد.

القاسم وغيرهما وبه العمل والقضاء. ابن عرفة: نقل الموثقين عن المذهب: من أجاب إلى الإسلام مجملاً ثم ارتد لم يقتل حتى يصلي صلاة واحدة، ويؤكده قول ابن عبد الحكم إن أسلم وحسن إسلامه ثم رجع استتيب، فقوله: «وحسن إسلامه» يدل على اعتباره بالقول والعمل **(كساحر ذمي إن لم يدخل ضرراً على مسلم)** عبد الوهاب: إن كان الساحر ذمياً فقال مالك: لا يقتل إلا أن يدخل بسحره ضرراً على المسلمين فيكون ذلك نقضاً لعهده، ولا تقبل منه التوبة، وإن سحر أهل دينه أدب إلا أن يقتل أحداً. قال الباجي: لا يقتل الساحر الذمي إلا أن يؤذي مسلماً أو يقتل ذمياً. قاله مالك **(وأسقطت صلاة وصياماً وزكاة وحجاً تقدم ونذراً أو يميناً بالله أو بعتق أو بظهار وإحصاناً**

....

قال أبو الحسن: فكان ابن يونس يقول. سواء كانت يمينه بعتق عبد بعينه أو بغير عينه أنها تسقط وقد تقدم الخلاف في ذلك انتهى. يشير إلى ما نقله عياض ونصه: اختلفوا في يمينه بالعتق التي أسقطها هل ذلك في غير المعين، وأما المعين فيلزم كالمدبر، وقيل المعين وغيره سواء اهـ. أو يميناً بظهار وكذا الظهار المجرد عن اليمين. قال أبو الحسن: يتحصل في الظهار المجرد واليمين بالظهار ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك لا يسقط فيهما وهو عند محمد في اليمين بالظهار فأحرى في المجرد. والثاني أن ذلك يسقط فيهما وهو الذي حكى عياض عن بعض الشيوخ. والثالث يلزم في المجرد ولا يلزم في اليمين وهو الذي اقتصر عليه أبو محمد في المدونة. فإذا حنث في الظهار المجرد بالوطء وتخلدت الكفارة في ذمته حكمه حكم المعلق بصفة أي فيسقط، وسبب الخلاف في الظهار هل النظر إلى ما فيه من التحريم فيشبه الطلاق، أو إلى ما فيه من الكفارة فلا يلحق بالطلاق اهـ. وقال اللخمي: وليس الظهار كالطلاق لأن الخطاب في الطلاق موجه إلى الزوجين وفي الظهار يتوجه إلى الزوج خاصة اهـ فتأمله. وظاهر الأم أن الظهار المجرد يسقط بالردة ونصها: قال ابن القاسم: والمرتد إذا ارتد وعليه أيمان بالعتق وعليه ظهار وعليه أيمان بالله قد حلف بها أن الردة تسقط ذلك عنه اهـ.

فرع: وأما أيمانه بالطلاق فلم ينص ابن القاسم عليها في المدونة لكن كلامه يقتضي أن مذهب ابن القاسم فيها السقوط لأنه قال فيها: وإذا ارتد وعليه أيمان بالله أو بعتق أو ظهار فالردة تسقط ذلك عنه. وقال غيره: لا تطرح ردته إحصانه في الإسلام ولا أيمانه بالطلاق انتهى. وأسقطت الردة إحصاناً تقدم من الزوجين في حال إسلامهما، فمن ارتد منهما زال إحصانه ولا يزول إحصان الآخر الذي لم يرتد كما يظهر من لفظ المدونة. قال في كتاب النكاح الثالث: والردة تزيل إحصان المرتد من الرجل أو المرأة وبانتفاء الإحصان إذا أحصنا، ومن زنى منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزوجه لم يرجم اهـ.

فرع: قال المشذالي في حاشيته: قال ابن عرفة: لو ارتد قاصداً لإزالة الإحصان ثم أسلم فزنى فإنه يرجم معاملة له بنقيض مقصوده انتهى. وانظر هل يحكم له بالإحصان الآن أو لا يكون محصناً ولكن يعامل بنقيض مقصوده والله أعلم. وقد ذكر في التوضيح أن من ارتد ليسقط عنه حد الزنا أنه لا يسقط. قاله ابن يونس ونصه سحنون. ولا تسقط الردة حد الزنا لأنه لا يشاء من وجب عليه حد أن يسقط بالردة إلا أسقطه بالردة. ابن يونس: وظاهر هذا خلاف المدّونة قال: وإنما استحب إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصداً لذلك فإنه لا يسقط ذلك عنه، وإن ارتد بغير ذلك سقط عنه انتهى. ص: (ووصية) ش: أي وأسقطت الردة وصية صدرت من المرتد في حال ردته أو قبل ذلك بخلاف تدبيره فإنه لا يبطله، سواء رجع إلى الإسلام أم قتل على ردته، بل يخرج من ثلثه. وإن كان له أم ولد فتخرج من رأس ماله وما أعتقه أو أعطاه لغيره قبل ردته فإنه لا يبطل. وانظر ما حكم وقفه، والظاهر أنه لا يبطل

وَوَصِيَّةٌ، لاَ طَلاَقاً، وَرِدَّةُ مُحَلِّلٍ، بِخِلاَفِ رِدَّةِ الـمَرْأَةِ وَأُقِرَّ كَافِرٌ انْتَقَلَ لِكُفْرٍ آخَرَ وَحُكِمَ بِإِسْلاَمِ مَنْ لَمْ يُمَيِّزْ لِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ بِإِسْلاَمِ أَبِيهِ فَقَطْ: كَأَنْ مَيَّزَ،

قياساً على العتق والله أعلم. ص: (لا طلاقاً) ش: هو معطوف على قوله «صلاة» ويريد إذا أوقع ذلك قبل الردة، والمعنى أن الردة لا تسقط ما تقدم من الطلاق. قاله في النوادر. وقال مالك: وما طلق في ارتداده أو أعتق فلا يلزمه، وما طلق أو أعتق قبل الردة فإنه يلزمه انتهى. فلو طلق ثلاثاً ثم أسلم لم تحل له إلا بعد زوج. نعم لو طلقها ثلاثاً ثم ارتدا جميعاً عن الإسلام ثم أسلما فإنه يسقط عنهما الطلاق الثلاث. قاله ابن القاسم ونقله عنه اللخمي ونقله المصنف في

ووصية لا طلاقاً ردة محلل بخلاف ردة المرأة) من المدونة: إن راجع الإسلام وضع عنه ما كان لله قد تركه قبل ارتداده من صلاة أو صوم أو زكاة أو حد وما كان عليه من نذر أو يمين بعتق أو بالله أو بالظهار اهـ نص المدونة. قال بعضهم: وسواء كان الظهار حنث فيه فوجبت فيه الكفارة، أو كان لزمه مجرد ظهار لم يحنث فيه، كلا الصورتين قد سقط بالارتداد، وخالف بعض الشيوخ في هذا. ومن المدونة: وإذا أسلم المرتد لم يجزه ما حج قبل ردته وليأتنف الحج ويأتنف الإحصان، وإن مات على ردته بطلت وصاياه ولم يرثه ورثته. انظر آخر مسألة من النكاح من المدوّنة. ومن المدونة أيضاً: والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة ويأتنفان الإحصان إذا أسلما، ومن زنا منهما بعد رجوعه للإسلام لم يرجم حتى يتزوج. ابن المواز: ولو طلق الرجل ألبتة فتزوجت غيره فحلت للأول ثم ارتدت لسقط ذلك الإحلال كما يسقط الإحصان. ابن يونس: بخلاف ارتداد الزوج الذي أحلها انتهى. انظر قول خليل ووصيته إنما نص في المدونة على بطلان الوصية إذا مات على ردته. قال ابن يونس: لأن الرجل إنما تجوز وصاياه في ماله، وهذا المال ليس للمرتد وإنما هو لجماعة المسلمين. وقد قال في المدونة: إذا ارتد وقف ماله وأم ولده ومدبروه، فإن أسلم رجعت إليه أم ولده وعاد إليه ماله ورقيقه. وإن قتل على ردته عتقت أم ولده من رأس ماله وعتق مدبروه في الثلث وسقطت وصاياه ويكون ماله لجميع المسلمين. ومن المدونة: و ردة الزوج طلقة بائنة، وإن أسلم في عدتها فلا رجعة له، وكذلك ردة المرأة طلقة بائنة وإن رجعت إلى الإسلام. انتهى من التهذيب. ومقتضى هذا أنه ما حبست لهما طلقة إلا ليكونا عليها إذا رجعا للإسلام، فصح قول خليل: «لا طلاقاً» وانظر الاضطراب في ظهار المرتد وطلاقه في التنبيهات **(وأخر كافر انتقل لكفر آخر)** تقدم عند قوله: و«استتيب» قول مالك: لا من خرج من ملة سواه إلى غيرها. وانظر إذا خرج إلى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية فقد نقل الباجي عن مالك وغيره: أن من تزندق من أهل الذمة لا يقتل. وقال ابن الماجشون: يقتل. وقال ابن حبيب: لا أعلم من قال هذا غيره، ويحتمل وهو الأظهر أن يريد بالزندقة الخروج إلى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية **(وحكم بإسلام من لم يميز لصغر أو جنون بإسلام أبيه فقط كأن ميز)** هذه عبارة الأشياخ يقولون: الولد تابع لأبيه في الدين والنسب، ولأمه في الحرية والرق. ومن المدونة: الولد الصغير تابع لأبيه في الدين وإسلام الأب إسلام لصغير ولده مطلقاً. قال ابن الحاجب: يحكم

إلاَّ المُرَاهِقَ، وَالمَتْرُوكَ لَهَا، فَلاَ يُجْبَرُ بِقَتْلٍ، إِنْ امْتَنَعَ، وَوُقِفَ إِرْثُهُ، وَلإِسْلاَمِ سَابِيهِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَبُوهُ وَالمُتَنَصِّرُ مِنْ: كَأَسِيرٍ عَلَى الطَّوْعِ، إِنْ لَمْ يَثْبُتْ إِكْرَاهُهُ، وَإِنْ سَبَّ نَبِيًّا أَوْ مَلَكاً، أَوْ عَرَّضَ، أَوْ لَعَنَهُ، أَوْ عَابَهُ، أَوْ قَذَفَهُ، أَوِ اسْتَخَفَّ بِحَقِّهِ، أَوْ غَيَّرَ صِفَتَهُ، أَوْ أَلْحَقَ بِهِ نَقْصاً، وَإِنْ فِي بَدَنِهِ، أَوْ خَصْلَتِهِ، أَوْ غَضَّ مَنْ مَرْتَبَتِهِ، أَوْ وُفُورِ عِلْمِهِ، أَوْ زُهْدِهِ أَوْ أَضَافَ لَهُ مَا لاَ يَجُوزُ عَلَيْهِ، أَوْ نَسَبَ إِلَيْهِ مَا لاَ يَلِيقُ بِمَنْصَبِهِ عَلَى طَرِيقِ الذَّمِّ أَوْ قِيلَ لَهُ بِحَقِّ رَسُولِ اللَّهِ فَلَعَنَ، وَقَالَ أَرَدْتُ العَقْرَبَ. قُتِلَ وَلَمْ يُسْتَتَبْ حَدًّا

التوضيح ونص عليه في الشامل. ص: **(إلا المراهق والمتروك لها)** ش: انظر النكاح الثالث من المدّونة. ص: **(وإن سب نبياً إلى قوله ولم يستتب حد)** ش: قال في الشفاء: ولا تقبل توبته سواء ظهر عليه أو جاء تائباً. وقول المصنف «حراً» يعني به أن السب ليس بردة. قال في الشفا:

بإسلام المميز على الأصح تبعاً لإسلام الأب كغير المميز وكالمجنون. انظر قوله الأصح. قول ابن عرفة عن ابن هارون القولان لابن القاسم وعزا الصقلي الأصح لابن وهب ولم يعزهما اللخمي **(لا المراهق والمتروك لها فلا يجبر بقتل إن امتنع ويوقف إرثه)** أما مسألة المراهق ففي المدونة: من أسلم وله ولد مراهق من أبناء ثلاث عشرة سنة وشبه ذلك ثم مات الأب وقف ماله إلى بلوغ الولد، فإن أسلم ورث أباه وإلا لم يرثه وكان المال للمسلمين، وإن أسلم الولد قبل احتلامه لم يعجل بأخذ ذلك لأن ذلك ليس بإسلام، ألا ترى أنه إن أسلم ثم رجع إلى النصرانية جبر بالضرب ولم يقتل؟ وأما مسألة المتروك لأمه فقال ابن القاسم: من ترك ولده الصغير مع مطلقته النصرانية لأنه ابنها فغفل عنه حتى احتلم على النصرانية إن لم يرجع للإسلام لم يقتل. ومن المدونة أيضاً: من أسلم وله ولد صغار فأقرهم حتى بلغوا اثني عشر سنة أو شبه ذلك فأبوا الإسلام لم يجبروا. وانظر إذا أسلم ولد الذمي فالرواية أنه لا يقتل إن ارتد قبل البلوغ، وإن كان أبوه زوجه مجوسية فعصمته باقية حتى يحتلم مسلماً. وإن مات من يعصبه مسلماً فإنه لا يتعجل أخذ إرثه حتى يحتلم مسلماً، وهنا قال الإمام: إسلامه كلا إسلام **(وبإسلام سابيه إن لم يكن معه أبوه)** ذكر ابن الحاجب أن الصغير يحكم بإسلامه تبعاً لإسلام الأب دون الأم ثم قال: وتبعاً للسابي المسلم إن لم يكن معه أبوه وتبعاً للدار فيحكم بإسلام اللقيط. انظر رسم الشجرة من كتاب الجنائز، ذكر ابن رشد هناك أن سادس الأقوال مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن الصغير من سبي أهل الكتاب لا يجبر على الإسلام ولا يحكم له بحكمه حتى يجيب إليه **(والمتنصر من كأسير على الطوع إن لم يثبت إكراهه)** من المدونة: الأسير يعلم تنصره فلا يدري أطوعاً أم كرهاً، فلتعتد زوجته ويوقف ماله وحكم فيه بحكم المرتد، وإن ثبت إكراهه ببينة كان بحال المسلم في نسائه وماله **(وإن سب نبياً أو ملكاً أو عرض أو لعنه أو عابه أو قذفه أو استخف بحقه أو غير صفته أو ألحق به نقصاً وإن في بدنه أو خصلته أو غض من رتبته أو وفور علمه أو زهده أو أضاف إليه ما لا يجوز عليه أو نسب إليه ما لا يليق بمنصبه على طريق الذم أو قيل له بحق رسول الله ﷺ فلعن وقال: أردت العقرب قتل ولم يستتب حد)** عياض: من أضاف إلى النبي ﷺ الكذب

....

وهذا إنما هو مع إنكاره لما شهد عليه به أو مع إظهاره التوبة والإقلاع عنه. قال: وأما من علم أنه سبه مستحِلاً له فلا شك في كفره، وكذلك إن كان سبه في نفسه كفراً كتكذيبه أو تكفيره، وكذلك من لم يظهر التوبة واعترف بما شهد به عليه وصمم فهذا كافر بقوله وباستحلاله هتك حرمة الله وحرمة نبيه قتل كفراً بلا خلاف انتهى. ثم قال: لما قرر أن ميراث الساب لورثته أن ذلك فيمن أنكر ما شهد عليه به أو اعترف به وأظهر التوبة قال: وأما لو أقر به وتمادى على السب كان كافراً وميراثه للمسلمين ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يكفن وتستر عورته ويوارى كما يفعل بالكفار انتهى.

فرع: قال المشذالي في آخر النكاح الثالث عند قوله «وإذا ارتد ثم راجع الإسلام وضع عنه كل حق»: سئل ابن عرفة عمن وقع في الجناب العلي بما يوجب قتله فلم يقتل حتى ارتد ثم راجع الإسلام، هل يسقط قتله؟ فقال: الذي عندي أنه يسقط وهو ظاهر الكتاب لأنه لم يستثن إلا القذف، ولو كان ثم غيره لذكره. قال المشذالي: قلت: قال عياض عن ابن القاسم ومحمد عن مالك: إن من سب النبي ﷺ قتل إلا أن يسلم الكافر. فظاهر تخصيصه بالكافر يدل على أن المسلم لا يسقط وذكر بعده هل الحق لله أو للآدمي فهذا مناط الحكم انتهى.

مسألة: قال القرطبي في شرح مسلم: لا خلاف في وجوب احترام الصحابة وتحريم سبهم، ولا يختلف في أن من قال كانوا على كفر وضلال كافر يقتل لأنه أنكر معلوماً من الشرع فقد كذب الله ورسوله، وكذلك الحكم فيمن كفر أحد الخلفاء الأربعة أو ضللهم. وهل حكمه حكم المرتد فيستتاب، أو الزنديق فلا يستتاب ويقتل على كل حال؟ هذا مما يختلف فيه. فأما من سبهم بغير ذلك فإن كان سباً يوجب حداً كالقذف حد حده ثم ينكل التنكيل الشديد من الحبس والتخليد فيه والإهانة ما خلا عائشة فإن قاذفها يقتل لأنه مكذب للكتاب

فيما بلغه أو أخبر به أو سبه أو استخف به أو بأحد من الأنبياء أو أزرى عليهم أو أذاهم فهو كافر بإجماع، وكذلك يكفر من اعترف بنبوة نبينا محمد ﷺ ولكن قال: مات قبل أن يلتحي أو ليس الذي كان بمكة والحجاز، أو ليس الذي كان من قريش لأن وصفه بغير صفته المعلومة نفي له وتكذيب به. ثم قال: وحكم من سب سائر أنبياء الله وملائكته أو استخف بهم أو كذبهم أو أنكرهم حكم نبينا ﷺ على مساق ما قدمناه. وقال القابسي في الذي قال لآخر كأنه وجه ملك الغضبان: إن عرف أنه قصد ذم الملك قتل. عياض: وهذا كله فيمن حققت كونهم من الملائكة والنبيين كجبريل وملك الموت والزبانية ورضوان ومنكر ونكير. فأما من لم يثبت الإخبار بنفسه ولا وقع الإجماع على كونه من الملائكة أو الأنبياء كهاروت وماروت من الملائكة ولقمان وذي القرنين ومريم وآسية وخالد بن سنان الذي قيل: إنه نبي أهل الرس وزرادست الذي ادعت المجوس نبوته، فليس الحكم فيهم ما ذكرنا إذ لم يثبت لهم تلك الحرمة لكن يؤدب من تنقصهم. وأما إنكار كونهم من الملائكة أو النبيين فإن

....

والسنة من براءتها. قاله مالك وغيره. واختلف في غيرها من أزواجه ﷺ فقيل يقتل قاذفها لأن ذلك أذى للنبي ﷺ، وقيل يحد وينكل على قولين. وأما من سبهم بغير القذف فإنه يجلد الجلد الموجع وينكل التنكيل الشديد. قال ابن حبيب: ويخلد في السجن إلى أن يموت. وقد رُوي عن مالك فيمن سب عائشة أنه يقتل مطلقاً، ويمكن حمله على السب بالقذف انتهى. وقال في الإكمال في حديث الإفك: وأما اليوم فمن قال ذلك في عائشة قتل لتكذيب القرآن وكفره بذلك، وأما غيرها من أزواجه فالمشهور أنه يحد لما فيه من ذلك ويعاقب لغيره. وحكى ابن شعبان قولاً آخر أنه يقتل على كل حال، وكأن هذا التفت إلى أذى النبي ﷺ حياً وميتاً انتهى. وقال في الإكمال أيضاً. وسب أصحاب النبي ﷺ وتنقصهم أو واحد منهم من الكبائر المحرمات، وقد لعن النبي ﷺ فاعل ذلك وذكر أن من آذاه وآذى الله تعالى فإنه لا يقبل منه صرف ولا عدل. واختلف العلماء فيما يجب عليه؛ فعبد الملك ومشهور مذهبه إنما فيه الاجتهاد بقدر قوله والمقول فيه وليس له في الفيء حق. وأما من قال فيهم إنهم كانوا على ضلالة وكفر فيقتل. وحكى عن سحنون مثل هذا فيمن قاله في الأئمة الأربعة: قال: وينكل في غيرهم. وحكى عنه يقتل في الجميع كقول مالك انتهى. فيفهم منه أن قول مالك إن من قال في أحد من الصحابة ولو كان غير الأئمة الأربعة أنه على ضلالة وكفر إنه يقتل. وانظر الشفا وقد حكى فيه الخلاف حتى فيمن كفر علياً وعثمان. والذي جزم به ابن عبد السلام الشافعي في أماليه أنه لا يكفر بذلك.

مسألة: قال الشيخ جلال الدين السيوطي في مسالك الحنفا في والدي المصطفى، قال: نقلت من مجموع بخط الشيخ كمال الدين الشمني والد شيخنا الشيخ تقي الدين ما نصه: سئل القاضي أبو بكر بن العربي عن رجل قال إن أبا النبي ﷺ في النار فأجاب بأنه ملعون،

كان المتكلم من أهل العلم فلا حرج، وإن كان من عوام الناس زجر عن الخوض في مثل هذا. وقد كره السلف الكلام في مثل هذا مما ليس تحته عمل. وقال أحمد بن أبي سليمان صاحب سحنون في رجل قيل له وحق رسول الله ﷺ فقال: فعل الله برسول الله وذكر كلاماً قيل: ما تقول يا عدو الله؟ قال: إنما أردت برسول الله العقرب. فقال للذي سأله: أشهد عليه وأنا شريكك في قتله وثواب ذلك. قال ابن أبي الربيع: لأن ادعاءه للتأويل في لفظ صراح لا يقبل لأنه امتهان وهو غير معزو لرسول الله ﷺ ولا موقر له. وأفتى فقهاء الأندلس بقتل ابن حاتم وصلبه بما شهد عليه من استخفافه بحق النبي ﷺ وإن زهده لم يكن قصداً. عياض: من سب النبي ﷺ أو عابه أو ألحق به نقصاً في نفسه أو دينه أو نسبه أو خصلة من خصاله أو عرض به أو شبهه بشيء على طريق السب له والإزراء عليه أو التصغير لشأنه أو الغض منه أو العيب له، فهو ساب له والحكم فيه حكم الساب يقتل كما نبينه، ولا نستثني فصلاً من فصول هذا الباب على هذا المقصد ولا نمتري فيه تصريحاً كان أو تلويحاً،

إِلاَّ أَنْ يُسْلِمَ الكَافِرُ وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ ذَمَّهُ. لِجَهْلٍ، أَوْ سُكْرٍ، أَوْ تَهَوُّرٍ، وَفِيمَنْ قَالَ: لاَ صَلَّى اللَّهُ عَلَى مَنْ صَلَّى عَلَيْهِ. جَوَاباً لِصَلِّ، أَوْ قَالَ: الأَنْبِيَاءُ يُتَّهَمُونَ، جَوَاباً لِتَتَّهِمُنِي، أَوْ جَمِيعُ البَشَرِ

لأن الله تعالى قال ﴿إن الذين يؤذون الله ورسوله لعنهم الله في الدنيا والآخرة وأعدلهم عذاباً مهيناً﴾ [الأحزاب: ٥٧] قال: ولا أذى أعظم من أن يقال في أبيه أنه في النار انتهى بلفظه والله أعلم.

غريبة: ذكرها صاحب كنز الراغبين العفاة في الرمز إلى المولد والوفاة ولم أقف على اسم المصنف قال: ذكر صاحبنا الشيخ شمس الدين الملقب بالرائق خطيب مدينة بيروت وإمامها عن السيد عمر الحضرمي من أهل بيروت أنه اجتمع برافض من أهل جبل عاملة، فقال له الرافضي: نحن نبغض أبا بكر لتقدمه في الخلافة على عليّ، ونبغض جبريل لأنه نزل بالرسالة على محمد ولم ينزل على عليّ، ونبغض محمداً ﷺ لأنه قدم أبا بكر في النيابة عنه في الصلاة ولم يقدم علياً، ونبغض علياً لسكوته عن طلب حقه من أبي بكر وهو قادر عليه، ونبغض الله لأنه أرسل محمداً ولم يرسل علياً، وهذا أقبح ما يكون من الكفر الذي ما سمع بمثله والعياذ بالله. قال: وذكر ابن بشكوال بسنده إلى محمد بن عمر بن يونس قال: كنت بصنعاء فرأيت رجلاً والناس حوله مجتمعون عليه فقلت: ما هذا؟ قالوا: هذا رجل كان يؤم بنا في شهر رمضان وكان حسن الصوت بالقرآن، فلما بلغ ﴿إن الله وملائكته يصلون على النبي﴾ [الأحزاب: ٥٦] قال: إن الله وملائكته يصلون على علي النبي يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً، فخرص وجذم وبرص وعمي وأقعد مكانه انتهى. ص: **(إلا أن يسلم الكافر)** ش: انظر ما نقله الأبي عن ابن عرفة وأظنه في كتاب الإيمان في حديث

وكذلك من نسب إليه مالاً يليق بمنصبه على طريق الذم. ومشهور قول مالك في هذا كله أنه يقتل حداً لا كفراً لهذا لا تقبل توبته ولا تنفعه استقالته وفيئته **(إلا أن يسلم الكافر)** عياض: الذمي إذا صرح بسب النبي ﷺ أو عرض أو استخف بقدره أو وصفه بغير الوجه الذي كفر به، فلا خلاف عندنا في قتله إن لم يسلم لأن الإسلام يجب ما قبله. وعن ابن يونس: من سب رسول الله ﷺ أو عابه إن كان مسلماً قتل. قال ابن القاسم: وإن كان نصرانياً قتل صاغراً إلا أن يسلم. وليس يقال له أسلم ولكن يقتل إلا أن يسلم طائعاً وكذلك قال مالك **(وإن ظهر أنه لم يرد ذمه بجهل أو سكر أو تهور)** عياض: إن كان القائل لما قاله في جهته عليه الصلاة والسلام غير قاصد السب والازدراء ولا معتقداً له ولكنه تكلم في حقه عليه الصلاة والسلام بكلمة الكفر من لعنه أو سبه أو تكذيبه وظهر بدليل حاله أنه لم يتعمد ذمه ولم يقصد سبه إما بجهالة حملته على ما قاله أو ضجر أو سكر اضطره إليه أو قلة مراقبة أو ضبط للسانه وعجرفه وتهور في كلامه، فحكم هذا الوجه حكم الأول دون تلعثم **(وفيمن قال لا صلى الله عليه جواباً لصل أو قال الأنبياء يتهمون جواباً لتتهمني أو جميع البشر يلحقهم النقص حتى النبي ﷺ قولان)** عياض: إن لفظ بكلام مشكل يمكن حمله على النبي ﷺ أو غيره

يَلْحَقُهُمُ النَّقْصُ حَتَّى النَّبِيُّ ﷺ: قَوْلاَنِ وَٱسْتُتِيبَ فِي هُزِمَ، أَوْ أَعْلَنَ بِتَكْذِيبِهِ، أَوْ تَنَبَّأَ، إِلاَّ أَنْ يُسِرَّ عَلَى الأَظْهَرِ، وَأُدِّبَ ٱجْتِهَاداً فِي: أَدِّ وَاشك، لِلنَّبِي أَوْ لَوْ سَبَّنِي مَلَكٌ لَسَبَبْتُهُ،

أسامة. ص: (واستتيب في هزم) ش: وقال القرطبي في شرح مسلم: ومن قال إنه فر أو هزم قتل ولم يستتب لأنه صار بمنزلة من قال: إنه كان أسود أو ضخماً فأنكر ما علم من وصفه وذلك كفر لأنه قد أضاف إليه نقصاً وعيباً. وقيل: يستتاب فإن تاب وإلا قتل انتهى. ص: (وأدب اجتهاد في أد واشك للنبي ﷺ) ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

مسائل: من فتاوى الشيخ سراج الدين البلقيني والشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي تتعلق بشيء من معنى هذا الباب: سئل البلقيني عن رجل أمسك غريماً له وقال لو وقف عزرائيل قابض الأرواح ما سيبته، إلا بحكم الشرع. فأجاب: إذا كان مراده لو وقف لقبض روحي ما سيبته فلا يجب عليه شيء لأنه إنما صدر ذلك بالنسبة إلى ما يتعلق بذلك. ومعنى لا أسيبه ولو في ذلك ذهاب الروح وهذا لا يتعلق بالملك ﷺ. قلت: وأما لو قصد الاستخفاف بذلك فالظاهر أنه يؤدب كما ذكره في الشفا وأشار إليه الشيخ بقوله «لو سبني ملك لسبيته».

وسئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي: ما تقول في رجل قال في ملأ من الناس وقد تكلم في حقيقة الفقير فقال: الفقير الذي لا حاجة له إلى الله، فهل في إطلاق هذا القول شيء أم لا؟ وهل إذا ذكر لذلك تأويلاً محتملاً ولو على بعد أيقبل ذلك منه أو لا؟ فأجاب: يعزر على ذلك تعزيراً بليغاً رادعاً ويجدد إسلامه ولا يقبل تأويله في هذا القول لما فيه من سوء الأدب والرد على قوله تعالى ﴿يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله﴾ [فاطر: ١٥] وهذا القول إن لم يكن كفراً فهو قريب من الكفر فلا أكثر الله من هذه الشياطين المضلين، ويجب على ولي

فها هنا مظنة اختلاف المجتهدين. اختلف أئمتنا في رجل أغضبه غريمه فقال: صل على النبي فقال: لا صلى الله على من صلى عليه. فذكر الخلاف بين سحنون وأصبغ. انظر الوجه الرابع من الباب الأول من القسم الرابع. وقال في هذا الفصل أيضاً: اختلف شيوخنا فيمن قال لمن قال: تتهمني فقال له الآخر الأنبياء يتهمون فكيف أنت؟ انظره. وقال في الفصل بعده: استفسر شيخنا ابن منصور في رجل تنقصه آخر بشيء فقال له: إنما تريد نقصي بقولك وأنا بشر جميع البشر يلحقهم النقص حتى النبي ﷺ، فأفتى بإطالة سجنه وإيجاعه ضرباً وأفتى غيره بقتله (والتثبيت في هزم) ابن المرابط: من قال النبي ﷺ هزم استتيب فإن تاب وإلا قتل لأنه تنقص (أو أعلن بتكذيبه أو تنبأ) قال ابن القاسم في المسلم يعلن بتكذيب النبي ﷺ: إنه كالمرتد يستتاب. وكذلك قال فيمن تنبأ وعزم أنه يوحى إليه. وقال سحنون (إلا أن يسر على الأظهر وأدب اجتهاداً في أد واشك للنبي ولو سبني ملك لسبيته) كتب قاضي كورة بياسة يسأل عن نازلة نزلت بغرناطة في سب رجل رجلاً فقال له يشق عليك إن راجعتك بالله لو أرى نبياً سبني أو ملكاً لرددت عليه، وفي رجل عشار فيهم من الغريم أنه يريد أن يشتكي به فقال: اغرم واشتك للنبي فراجعه. ابن رشد: يقال الحالف بالله لو أن نبياً أو ملكاً سبه

أَوْ يَا ابْنَ أَلْفِ كَلْبٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عُيِّرَ بِالْفَقْرِ، فَقَالَ: تُعَيِّرُنِي بِهِ وَالنَّبِيُّ قَدْ رَعَى الغَنَمَ، أَوْ قَالَ لِغَضْبَانَ: كَأَنَّهُ وَجْهُ مُنْكَرٍ، أَوْ مَالِكٍ، أَوِ اسْتَشْهَدَ بِبَعْضِ جَائِزٍ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا: حُجَّةً لَهُ، أَوْ لِغَيْرِهِ، أَوْ شَبَّهَ لِنَقْصٍ لِحَقِّهِ، لاَ عَلَى التَّأَسِّي: كَإِنْ كُذِّبْتُ فَقَدْ كُذِّبُوا،

الأمر أن يبالغ في ردع هذا الخبيث المجترىء على رب العالمين اهـ. قلت: لعله تردد في كون هذا اللفظ كفراً لكون قائله ذكر له تأويلاً، وأما من اعتقد معنى هذا اللفظ فلا شك أنه كافر مرتد مكذب للقرآن والله أعلم.

وسئل البلقيني عن رجل ظلمه مكاس ظلماً كثيراً فقال الرجل الذي يكتبه فلان المكاس ما يمحيه ربنا ما يلزمه؟ فأجاب: إذا لم يقصد بذلك عدم تعلق قدرة الرب به فإنه لا يكفر، سواء قصد أن المكاس شديد البأس يصمم على ما يكتب أو لم يقصد ذلك. فإن قصد أن ربنا لا يقدر على محوه فإنه يكفر ويستتاب، فإن تاب وإلا ضربت عنقه. وسئل عن مسلم قال لذمي في عيد من أعيادهم عيد مبارك عليك هل يكفر أم لا؟ فأجاب: إن قاله المسلم للذمي على قصد تعظيم دينهم وعيدهم فإنه يكفر، وإن لم يقصد ذلك وإنما جرى ذلك على لسانه

متهاون بحرمة الأنبياء والملائكة عليهم السلام يجب أن يؤدب على ذلك الأدب الموجع إلا أن يكون معروفاً بالخير ممن لا يتهم في اعتقاده فيتجافى عن عقوبته ويؤمر بالاستغفار مما قال، ولا كفارة ليمينه بحال. وأما العشار فيؤدب الأدب الموجع على كل حال. وأجاب ابن الحاج بنحو هذا وقال في الحالف: أبعده الله ونحاه يضرب الضرب المبرح وكذلك العشار الفاسق أسحقه الله ومقته **(أو يا ابن ألف كلب)** ومثل هذا ما يجري في كلام السفهاء من قول بعضهم لبعض: يا ابن ألف خنزير ويا ابن مائة كلب، ولا شك أنه يدخل في مثل هذين العدد من آبائه وأجداده جماعة من الأنبياء، ولعل هذا العدد يقطع إلى آدم فينبغي الزجر عنه وشدة الأدب فيه **(أو عير بالفقر فقال تعيرني به والنبي قد رعى الغنم)** قال مالك في رجل عيره رجل بالفقر فقال: أتعيرني بالفقر وقد رعى النبي ﷺ الغنم فقال مالك: عرض بذكر النبي ﷺ في غير موضعه، أرى أن يؤدب **(أو قال لغضبان كأنه وجه منكر أو مالك)** سئل القابسي عن رجل قال لرجل قبيح كأنه وجه نكير، ولرجل عبوس كأنه وجه مالك الغضبان فقال بعد كلام: هذا شديد لأنه جرى مجرى التحقير والتهوين، وليس فيه تصريح بالسب للملك وإنما السب واقع على المخاطب، وفي الأدب بالسوط والسجن نكال للسفهاء، وأما ذكر مالك خازن النار فقد جفا الذي ذكره عندما أنكره من عبوس الآخر. انظر الوجه الخامس في الباب الأول من القسم الرابع من الشفاء **(أو استشهد عليه ببعض جائز عليه في الدنيا حجة له أو لغيره أو سبه لنقص لحقه لا على التأسي كإن كذبت فقد كذبوا)** عياض: الوجه الخامس أن لا يقصد نقصاً ولا يذكر عيباً ولا سباً لكنه يستشهد ببعض أحواله الجائزة عليه في الدنيا على طريق ضرب المثل والحجة لنفسه أو لغيره أو على التشبه به أو عند هضيمة نالته أو عضاضة لحقته ليس على سبيل التأسي وطريق التحقيق بل على مقصد الترفيع لنفسه أو لغيره وسبيل التمثيل وعدم التوقير لنبيه ﷺ كقول القائل:

أَوْ لَعَنَ العَرَبَ أَوْ بَنِي هَاشِمٍ، وَقَالَ أَرَدْتُ الظَّالِمِينَ، وَشَدَّدَ عَلَيْهِ فِي: كُلُّ صَاحِبِ فُنْدُقٍ قَرْنَانٌ، وَلَوْ كَانَ نَبِيًّا. وَفِي قَبِيحٍ لِأَحَدِ ذُرِّيَّتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، مَعَ الْعِلْمِ بِهِ: كَأَنِ ٱنْتَسَبَ لَهُ، أَوْ ٱحْتَمَلَ قَوْلُهُ، أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ عَدْلٌ، أَوْ لَفِيفٌ فَعَاقَ عَنِ الْقَتْلِ، أَوْ سَبَّ مَنْ لَمْ يُجْمَعْ عَلَى نُبُوَّتِهِ، أَوْ

فلا يكفر لما قاله من غير قصد. وسئل عن رجل يدعي أنه إذا غضب على أحد أصيب في بدنه أو منصبه لأجل غضبه، فقال له رجل: لو سمع الله منك لأخرب السموات والأرض يعني لو

إن قيل في السوء فقد قيل في النبي ﷺ، وإن كذبت فقد كذب الأنبياء، وأنا أسلم من الناس وليس يسلم منهم أنبياء الله وكقول المتنبي:

أنا في أمة تداركها الله　　　غريب كصالح في ثمود

ثم قال: وهذه كلها وإن لم تتضمن سباً ولا إضافة إلى الملائكة والأنبياء نقصاً ولا قصد قائلها ازدراء ولا غضاً فما وقر النبوة ثم قال: فحق هذا إن درىء عنه القتل الأدب والسجن وقوة تعزيره بحسب شنعة مغالبته. انظر الوجه الخامس من الباب المذكور (**أو لعن العرب أو بني هاشم وقال: أردت الظالمين**) حكى عن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد فيمن قال لعن الله العرب أو لعن بني هاشم أو لعن بني إسرائيل وذكر أنه لم يرد الأنبياء وإنما أراد الظالمين منهم أن عليه الأدب بقدر اجتهاد السلطان. عياض: وقد يضيق القول في نحو لو قال لرجل هاشمي: لعن الله بني هاشم وقال: أردت الظالمين منهم. انظر الوجه الرابع من الباب المذكور (**وشدد عليه في كل صاحب فندق قرنان وإن كان نبياً**) توقف القابسي في قتل رجل قال كل صاحب فندق قرنان ولو كان نبياً مرسلاً، فأمر بشده بالقيود والتضييق عليه حتى تستفهم البينة عن جملة ألفاظه وما يدل على مقصده هل أراد أصحاب الفنادق الآن، فمعلوم أنهم ليس فيهم نبي مرسل فيكون أمره أخف، ولكن ظاهر أمره العموم لكل صاحب فندق من المتقدمين والمتأخرين وقد كان فيمن تقدم من الأنبياء والرسل من اكتسب المال وذم المسلم لا يقدم عليه إلا بأمر بيّن (**وفي قبيح لأحد ذريته ﷺ في آبائه مع العلم به كأن انتسب له**) لما ذكر عياض حكم من لعن العرب وقال أردت الظالمين قال: وقد يضيق القول في نحو هذا لو قال لرجل من ذرية النبي ﷺ قولاً قبيحاً في آبائه أو من نسله أو ولده على علم منه أنه من ذرية النبي ﷺ. وانظر آخر فصل من كتاب الشفا حكم من نال من آل بيت النبي ﷺ وأزواجه وأصحابه أو انتقصهم. ولما نال جعفر من مالك ما نال حتى حمل مالك رضي الله عنه إلى داره مغشياً عليه دخل الناس على مالك فأفاق وقال: أشهدكم أني جعلت جعفراً في حل. فسئل عن ذلك فقال: خفت أن أموت فألقى النبي ﷺ فأستحي منه أن يدخل بعض آله النار بسببي. وقيل: إن المنصور أفاده من جعفر فقال مالك: أعوذ بالله والله ما ارتفع منها سوط من جسمي إلا وقد جعلته في حل لقرابته من رسول الله ﷺ (**أو احتمل قوله أو شهد عليه عدل أو لفيف فعاص عن القتل**) عياض: إن ثبت قوله لكن احتمل ولم يكن صريحاً أو لم تتم الشهادة عليه إنما شهد عليه الواحد أو اللفيف من الناس، فهذا يدرأ عنه الحد ويتسلط عليه الإمام اجتهاداً فمن قوي أمره أذاقه من شديد النكال إلى الغاية (**أو سب من لم يجمع على نبوته**) انظر قبل هذا عند قوله: «أو سب نبياً» (**أو صحابياً**) عياض: سب آل

صَحَابِيًّا، وَسَبُّ اللَّهِ كَذَلِكَ، وَفِي ٱسْتِتَابَةِ الْمُسْلِمِ: خِلَافٌ: كَمَنْ قَالَ: لَقِيتُ فِي مَرَضِي. مَا لَوْ قَتَلْتُ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ. لَمْ أَسْتَوْجِبْهُ.

قبل دعاءك، فهل يجب على قائل هذا الكلام شيء وماذا يجب على من قال له كفرت بهذا الكلام؟ فأجاب: لا يجب على قائل ذلك شيء ومن رماه بكفر أو غيره بالتأويل زجر عن ذلك ويعرف أن معنى ذلك موجود في كتاب الله في قوله ﴿ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض﴾ [المؤمنون: ٧١] ويجب عليه أن يتوب عما صدر منه. وسئل عن رجل يصبح كل يوم يشتغل بالناس ويجعلهم في غير الإسلام ويقول بعد ذلك إذا أكلت العلماء الرشا أكلت الناس الحرام، وإذا أكلت العلماء الحرام كفرت الناس، ويذكر أنه وقتنا هذا فعوتب في ذلك فقال: ما قلته من عندي، قاله الفقيه حسين المغربي. فأجاب: قد ارتكب المذكور كبائر بجعل المسلمين في غير الإسلام وبما ذكره عن العلماء وعن كفر الناس وبذكره أنه وقتنا، وقد كذب في ذلك كله وافترى، فدين الإسلام بحمد الله قائم والأمة المحمدية لا تزال طائفة منهم قائمة على الحق حتى يأتي أمر الله، وأن الله تعالى يبعث للأمة المحمدية على رأس كل مائة عام من يجدد لها أمر دينها، ويجب على هذا الرجل التعزير البليغ الزاجر له ولأمثاله عن هذه الأمور الباطلة ويبادر إلى التوبة، فإذا ظهر من حسين المغربي شيء من ذلك فإنه يعزر انتهى. قلت: وما ذكره كلام لا معنى له فإنه يقتضي أن الرشا أخف من الحرام وقد قال العلماء: إن الرشا أخبث من الحرام وإنها السحت.

النبي ﷺ وأزواجه وأصحابه وتنقصهم حرام ملعون فاعله، مشهور مذهب مالك في هذا الاجتهاد والأدب الموجع **(وسب الله كذلك وفي استتابة المسلم خلاف)** ابن سحنون: من شتم الحق سبحانه من اليهود والنصارى بغير الوجه الذي به كفر قتل ولم يستتب. قال ابن أبي زيد: إلا أن يسلم. وفي التفريع: من سب الله سبحانه أو سب النبي ﷺ من مسلم أو كافر قتل ولم يستتب. وقال المخزومي وابن أبي حازم: لا يقتل المسلم بالسب حتى يستتاب، وكذلك اليهود والنصارى. وقد تقدم نقل ابن يونس عن ابن القاسم: وإن من عاب رسول الله ﷺ قتل ولم يستتب وميراثه لجميع المسلمين وهو بمنزلة الزنديق الذي لا تعرف توبته بلسانه ويراجع ذلك في سريرته، وإن كان نصرانياً فإنه يقتل صاغراً. وسئل أصبغ عن رجل أيقن برجل أنه زنديق فاغتاله فقتله فقال: هو محسن فيما بينه وبين الله لكن يعزره السلطان للعجلة قبل أن يثبت ذلك للسلطان، ولكنه محسن إذ لعل الولاة تضيع مثل هذا ولا تصححه وقال عيسى فيمن سمع نصرانياً يشتم النبي ﷺ فاغتاظ عليه فقتله قال: لا شيء عليه إن ثبت أن ذلك كان يوجب عليه القتل **(كمن قال لقيت في مرضي ما لو قتلت أبا بكر وعمر لم أستوجبه)** انظر هذا الفرع لعله كان مخرجاً في الطرة قبل قوله: «وسب الله كذلك» فأدخله المخرج هنا عياض: اختلف أهل قرطبة في مسألة هارون أخي ابن حبيب وكان ضيق الصدر كثير التبرم قال عند استقلاله من مرض قد لقيت في مرضي هذا ما لو قتلت أبا بكر وعمر لم أستوجب هذا كله. فأفتى ابن حبيب بموافقة القاضي بتنكيله وتثقيل

باب الزنا

الزِّنَا وَطْءُ مُكَلَّفٍ مُسْلِمٍ

وسئل عن الرجل قال في ميعاده إن الله تعالى يقول إن من عبادي من لا يوافقه إلا الفقر ولو أغنيته لفسد الحديث. وفي آخره ومراد الحق من الخلق ما هم عليه فأنكر عليه رجل صحة هذا الحديث، فهل الحديث مروي؟ وما معنى قوله «ومراد الحق من الخلق ما هم عليه»؟ فأجاب: هذا أثر مروي ومعناه صحيح ولا يترتب على قائله شيء، ومعناه أن كل ما يفعله الخلق وما اشتملوا عليه من هدي وغي من خلق الله وإرادته وهذا اعتقاد أهل السنة. وسئل الشيخ عز الدين عن الرجل يذكر فيقول الله الله ويقتصر على ذلك، هل هو مثل قوله سبحان الله والحمد الله والله أكبر وما أشبه ذلك أم لا؟ وإذا لم يكن بمثابته فهل هو بدعة لم تنقل عن السلف أم لا؟ فأجاب هذه بدعة لم تنقل عن الرسول ولا عن أحد من السلف وإنما يفعله الجهلة، والذكر المشروع كله لا بد أن يكون جملة فعلية أو اسمية وهو مأخوذ من الكتاب والسنة وأذكار الأنبياء والخير كله في اتباع الرسول واتباع السلف الصالحين دون الأغبياء من الجاهلين انتهى. وسئل البلقيني عن جماعة يذكرون في أثناء ذكرهم يقولون «محمد محمد» ويكررون الاسم الشريف ويقولون آخر ذلك «محمد مكرم معظم»، هل يكون ذلك ذكراً يؤجرون عليه؟ وهل فيه إساءة؟ وهل ورد في ذلك شيء من كتاب أو سنة؟ فأجاب: لم يرد بذلك آية ولا خبر عن النبي ﷺ ولا أثر على الصحابة ولا عن التابعين ولا عن الفقهاء بعدهم ولا ذلك من الأذكار المشروعة ولا يؤجرون على ذلك، هو مبتدعون شيئاً قد يقعون به في إساءة الأدب. وأما قوله «محمد محمد مكرم معظم» فهذا ليس كالذي قبله وهو إخبار بالواقع ولم يرد فيه ما يقتضي أن يكون مطلوباً والقياس على ما نهى الله عنه في قوله تعالى ﴿لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضاً﴾ [النور: ٦٣] وقوله تعالى ﴿ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض﴾ [الحجرات: ٢] وما طلب من الأدب منهم في حق النبي ﷺ يقتضي النهي عن ذلك انتهى. قلت: قوله «وأما قولهم محمد محمد مكرم معظم» يعني من غير تكرير للاسم الشريف، وما قاله ظاهر ومثل هذا قول كثير من العامة «صلوا على محمد».

باب

ص: (الزنا وطء مسلم مكلف الخ) ش:قال أبو الحسن: قال القاضي عياض: الزنا يمد

أدبه، وأفتى الغير بقتله. ابن شاس: الجناية الثانية الزنا وهي جريمة توجب العقوبة والنظر في طرفين: الأول في الموجب والموجب. الطرف الثاني في كيفية الاستيفاء ومتعاطيه.

باب

(الزنا وطء مسلم مكلف) ابن عرفة: الزنا تغييب حشفة آدمي في فرج وآخر دون شبهة

فَرْجَ آدَمِيٍّ لاَ مِلْكَ لَهُ فِيهِ

ويقصر. فمن مده ذهب إلى أنه فعل من اثنين كالمقاتلة والمضاربة فمصده قتالاً، ومن قصره جعله اسم الشيء بنفسه. وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق اهـ. وانظر هذا الكلام فإني لم أجده في التنبيهات لأني لم أجده في نسختي من كتاب الحدود وفي الزنا المترجم له في بعض النسخ باب الرجم كما قاله أبو الحسن، فما أدري سقط هذا الكلام من نسختي أو من جميع النسخ، ولعل هذا الكلام من الإكمال أو من المشارق. قال النووي: وإذا مد كتب بالألف، وإذا قصر كتب بالياء. قاله في كتاب بيان لغات المهذب: والقصر لغة الحجاز وبها جاء القرآن، والمدلغة تميم قاله في المحكم وغيره. قال الجزولي في شرح الرسالة بعد ذكر الكلام السابق عن عياض: وهل ضيق المحل أو ضيق الحكم فيه يحتمل. قال الجزولي: وحضرت خصمين تحاكما قال أحدهما قال لي: يا ابن المقصور والممدود، فجلده القاضي لأن هذا تعريض انتهى. وقال الزناتي: وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق لأن الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته إخراجاً لا ينسب إليه ولأنه ضيق على نفسه في الفعل إذ لا يتصور في كل موضع فلا بد من التماس خلوة وتحفظ وضيق على نفسه فيما اكتسبه من إثم تلك الفعلة. قال ابن القوطية: زنى الرجل على غيره زنو أو زناء ضيق عليه، وزنا الشيء ضاق أو قصر، وزنى الجبل ضعف، وزنى إلى الشيء نحا، وزنى الرجل بوله زنو أحقنه، وزنى البول احتقن، وفي الحديث نهى رسول الله ﷺ عن الصلاة والمصلي زناء انتهى.

تنبيهات: الأول: لا يرد على المصنف أنه لا يصدق ما ذكره من الحد إلا على الرجل فقط فلا يشمل الزانية، بل هو شامل لها لأنه قال وطء، والوطء مصدر لا يمكن وقوعه إلا بين اثنين فيدل على أن كل واحد منهما يشتق له من الوصف فيقال زان وزانية والله أعلم.

الثاني: الذي يظهر أن مراد المؤلف أن يحد للزنا الموجب للحد في الشرع لا كل ما يصدق عليه زنا في اللغة، وإن كان كذلك فيرد عليه أنه ليس بجامع لخروج تمكين المرأة من نفسها مجنوناً فإنها زانية كما سيأتي، ولا يصدق عليها التعريف المذكور، وكذا تمكينها كافراً من نفسها. وانظر البساطي فإنه قد أشار إلى ذلك. يرد عليه أنه غير مانع أيضاً لدخول وطء الرجل الصغيرة التي لا يمكن وطؤها فتأمله والله أعلم.

الثالث: قال مطرف: كان مالك يرى فيمن اشترى جارية وغلاماً من دار والناس ينظرون حتى تغيب عليها أو عليه فلا يدري ما فعل. أن يضرب الثلاثمائة والأربعمائة بكراً كان أو ثيباً، وكان الحكام يحكمون بذلك عندنا بمشورة مالك. ص: **(لا ملك له فيه)** ش: هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال في التوضيح: المراد بالملك التملك الشرعي أو شبهه اهـ. فيدخل فرج مملوكه

عمداً. وشرط إيجاب حد الزنى أن يكون الزاني مكلفاً مسلماً **(فرج آدمي لا ملك له فيه**

بِاتِّفَاقٍ تَعَمُّداً وَإِنْ لِوَاطاً، أَوْ إِتْيَانَ أَجْنَبِيَّةٍ بِدُبُرٍ، أَوْ إِتْيَانَ مَيِّتَةٍ غَيْرَ زَوْجٍ، أَوْ صَغِيرَةٍ يُمْكِنُ وَطْؤُهَا، أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ لِوَطْءٍ، أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ مَمْلُوكَةٍ تَعْتِقُ، أَوْ يَعْلَمُ حُرِّيَّتَهَا، أَوْ مُحَرَّمَةٍ بِصِهْرٍ مُؤَبَّدٍ

الذكر لأنه لا تسلط له على فرجه في الشرع، ويخرج منه وطء الرجل جارية ابنه لأن له شبهة الملك. ونحوه قول ابن عرفة: الزنا الشامل للواط مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلية عمداً. فتخرج المحللة ووطء الأب أمة ابنه لا زوجته اهـ. ص: **(تعمداً)** ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر.

فرع: قال ابن الفرس في سورة النور: واختلفوا في المرأة إذا استدخلت ذكر نائم فقال مالك: عليها الحد. وقال أبو حنيفة: لا حد عليها. وحجة مالك أن هذا زنى فهو داخل تحت العموم. انتهى ص: **(باتفاق)** ش: مخرج للأنكحة الفاسدة ولوطئه زوجته أو أمته في دبرها فإنه ليس بزنى ولا حد عليه في ذلك لأنه قد قيل بإباحته وإن كان القول بذلك شاذاً أو ضعيفاً ويجب عليه الأدب على المعروف. ص: **(أو محرمة بصهر)** ش: ظاهر كلامه أنه إذا وطىء مملوكته المحرمة عليه بالصهر يحد وليس كذلك، فيحمل كلامه على ما إذا تزوج المحرمة عليه بالصهر. قال ابن الحاجب: لا ملك له فيه يخرج الحلال والحائض والمحرمة والصائمة والمملوكة المحرمة بنسب لا بعتق أو صهر أو رضاع أو شركة أو عدة أو تزويج ولمتزوجها هو في عدتها على الأصح. ثم قال: أما لو وطىء بالملك من يعتق عليه أو نكح محرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد وطئها فإنه يحد. قال في التوضيح: وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالماً بالتحريم اهـ. وقال في التوضيح: فيما إذا وطىء مملوكته المحرمة بنسب لا بعتق أو بصهر أو

باتفاق تعمداً) ابن الحاجب: الزنى هو أن يطأ آدمي فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق متعمد. ابن عرفة: يخرج به زنى المرأة لأنها موطوءة لا واطئة **(وإن لواطاً)** ابن أبي زيد: وإن عمل عمل قوم لوط بذكر بالغ أطاعه فيه رجماً أحصنا أو لم يحصنا. ابن شاس: المشهور ولو كانا عبدين كافرين **(أو إتيان أجنبية بدبر)** من المدونة: من وطىء أجنبية في دبرها حدا جميعاً. من أحصن منهما يرجم ومن كان بكراً جلد **(أو ميتة)** في الموازية: من زنا بميتة أو نائمة أو مجنونة في حال جنونها حد **(غير زوج)** نقل هذا بهرام عن عياض عن أكثر المحققين **(وصغيرة يمكن وطؤها)** من المدونة: من زنا بصغيرة لم تحصن طائعة ومثلها يوطأ حد **(أو مستأجرة لوطء أو غيره)** ابن الحاجب: واطىء المستأجرة للوطء أو لغيره يحد. ومن المدونة: من وطىء جارية عنده رهناً أو عارية أو وديعة أو بإجارة فعليه الحد **(أو مملوكة تعتق)** في العتبية: من وطىء أمة بالملك ممن تحرم عليه بالنسب وتعتق عليه بالملك كالبنت والأخت عامداً عالماً حد ولا يلحق به الولد. قال ابن القاسم: إلا أن يعذر بالجهالة فلا يحد ويلحق به الولد. ابن رشد: هذه مسألة صحيحة على ما في المدونة **(أو يعلم حريتها)** من المدونة: من اشترى حرة وهو يعلم بها فأقر أنه وطئها حد **(أو محرمة بصهر مؤبد)** اللخمي: إن تزوج ابنة زوجته ودخل بها ولم يكن دخل بالأم لم يحد لأنها تحل له لو طلق الأم وإن كان قد دخل بالأم، وكذلك إن تزوج أم

أَوْ خَامِسَةٍ، أَوْ مَرْهُونَةٍ، أَوْ ذَاتِ مَغْنَمٍ، أَوْ حَرْبِيَّةٍ، أَوْ مَبْتُوتَةٍ وَإِنْ بِعِدَّةٍ، وَهَلْ وَإِنْ أَبَتَّ فِي مَرَّةٍ؟

رضاع: إنه لا يحد ولو كان عالماً بالتحريم. نعم يؤدب وإذا حملت منه من هي محرمة عليه عتقت عليه. وفي سماع عيسى: لا تعتق. وأما إن لم تحمل فرُوي عن ابن القاسم أنها تباع خوفاً من أن يعاود. زاد في المدونة في كتاب القذف: ويلحق به الولد. ص: **(أو مرهونة)** ش: أطلق هنا في وجوب الحد، ومراده إن وطىء بغير إذن الراهن اعتماداً على ما قدمه في الرهن وعلى ما ذكره هنا في الأمة المحللة، لأنه إذا أذن الراهن في ذلك صارت محللة والله أعلم ص: **(أو مبتوتة وإن بعدة وهل وإن بت في مرة تأويلان)** ش: يعني أن الإنسان إذا طلق زوجته ألبتة أو طلقها ثلاثاً ثم وطئها دون عقد أو عقد عليها قبل أن تتزوج زوجاً غيره ووطئها فإنه يحد، سواء وقع ذلك وهي في عدة أو بعد فراغ العدة، يريد إذا كان عالماً بالتحريم. وأما إن كان يجهل التحريم فإنه لا حد عليه إذا كان مثله يجهل ذلك كما سيقوله المصنف بعد في قوله «أو الحكم إن جهل مثله» فإنه راجع إلى جميع ما ذكر أنه يحد فيه كما صرح به المصنف في التوضيح أو الحكم إن جهل مثله» فإن راجع إلى جميع ما ذكر أنه يحد فيه كما صرح به المصنف في التوضيح وغيره أعني رجوعه لجميع ما تقدم. وأما قول المصنف بعد هذا: «بلا عقد» فإنما هو راجع إلى قوله: «أو مطلقة قبل البناء أو معتقة» كما صرح به الشارح، ولا يرجع لمسألة المبتوتة. قال ابن الحاجب: أما لو وطىء بالملك من يعتق عليه أو نكح المحرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد ووطئها أو طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة أو تزوجها قبل زوج

امرأته فإن دخل بالابنة حد، وإن لم يدخل بها لم يحد مراعاة للخلاف. وإن تزوج زوجة أبيه أو زوجة ولده حد إن كان عالماً بتحريم ذلك **(أو خامسة)** اللخمي: قال مالك في متزوج الخامسة عالماً بتحريم ذلك يحد. وقال في متزوج المعتدة عالماً بالتحريم لا يحد ولا فرق بينهما **(أو مرهونة)** تقدم نص المدونة: من وطىء جارية عنده رهناً حد **(أو ذات مغنم)** من المدونة: من أعتق عبداً من الغنيمة وله فيها نصيب لم يجز عتقه وإن وطىء منها أمة حد **(أو حربية)** من المدونة: إن دخل مسلم دار الحرب بأمان فزنا بحربية حد.**(أو مبتوتة)** من المدونة: من تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً غيره أو أخته من الرضاعة أو النسب أو شيئاً من ذوات المحارم عامداً عارفاً بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد. قال: وإن تزوج امرأة في عدتها عالماً بالتحريم لم يحد وعوقب، وكذلك ناكح امرأته المبتوتة لا يحد عالماً كان أو جاهلاً للاختلاف فيها. وأما إن كانت مطلقة ثلاثاً فإن كان عالماً حد لأنه لم يختلف فيه، وإن كان جاهلاً لم يحد. وروى علي: من نكح في عدة ووطىء فيها ولم يعذر بجهالة أنه يحد. ابن يونس: وهذا خلاف للمدونة **(وإن بعدة)** الذي لابن الحاجب: لو طلق امرأة ثلاثاً ووطئها في العدة أو تزوجها قبل زوج ووطئها فإنه يحد. ابن عرفة: ظاهره ولا يعذر بدعوى الجهالة وهو خلاف المدونة **(وهل إن أبت في مرة تأويلان)** ابن عرفة: ظاهر المدونة سواء أوقع الثلاث في مرة أو مفترقات. وقال أصبغ: من نكح مبتوتة عالماً لم يحد للاختلاف فيها بخلاف المطلقة ثلاثاً

....

ووطئها أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها بغير تزويج أو أعتق أمة ثم وطئها فإنه يحد. قال في التوضيح: قوله: «أو طلق امرأته ثلاثاً» ظاهره سواء كان بلفظ الثلاث أو ألبتة، وسواء كان الثلاث مجتمعات أو متفرقات وهو ظاهر المدونة. وقال أصبغ في ألبتة: لا يحد عالماً كان أو جاهلاً لقوة الخلاف في ألبتة هل هي واحدة أم لا. وقال في المطلقة ثلاثاً مثل ما في المدونة إلا أنه قال في الجاهل لا يحد استحساناً. وتأول صاحب تهذيب الطالب وقوله في الثلاث على أنها مفترقات قال: وأما إن كانت في لفظ واحد فلا حد عالماً كان أو جاهلاً للاختلاف فيها. وقال غيره: إن هذا التأويل على أصبغ ظاهر المدونة خلافه، وأنه لا فرق في الثلاث بين أن تكون مفترقات أو مجتمعات لضعف قول من قال بإلزامه الواحدة في الثلاث. وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالماً بالتحريم، وأما الجاهل بالحكم فلا كما سيأتي من كلام المصنف. اهـ كلام التوضيح. وتحصل منه أنه إذا طلقها ثلاثاً مفترقات ثم وطئها دون عقد وعقد عليها قبل زوج ووطئها فإنه يحد، وأما إن كانت التطليقات مجتمعات في كلمة واحدة فتأويل عبد الحق على قول أصبغ أنه لا يحد، وأن قوله مثل ما في المدونة مراعاة لقول من يقول إنها واحدة إذا كانت في كلمة فتكون كالمطلقة الواحدة الرجعية فلا يحد كما لو طلق الرجل طلقة رجعية ثم وطئها في العدة فإنه لا يحد، وهو أحد التأويلين اللذين أشار إليهما المؤلف. وتأويل غيره أنه يحد وهو ظاهر المدونة كما سيأتي، فكان ينبغي للمؤلف أن يقتصر عليه. هذا إذا تلفظ بالثلاث، وأما إن تلفظ بألبتة فظاهر المدونة لزوم الحد كما تقدم. وقال أصبغ: لا يحد ووجهه ما تقدم في توجيه الثلاث في كلمة واحدة. قال في أوائل كتاب القذف من المدونة: ومن تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثاً أو ألبتة قبل أن تنكح زوجاً غيره أو أخته من الرضاع أو النسب أو من ذوات محارمه عامداً عارفاً بالتحريم. أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد إذ لا يجتمع الحد وثبوت النسب انتهى. ثم قال بعده: ومن طلق امرأته قبل البناء طلقة واحدة ثم وطئها بعد الطلقة وقال ظننت أنه لا يبتها منه إلا الثلاث، فلها صداق واحد ولا حد عليه إذا عذر بجهل، ولو طلقها بعد البناء ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال ظننت ذلك يحل لي، فإن عذر بالجهالة لم يحد، وكذلك من تزوج خامسة أو أخته من الرضاعة وعذر بالجهالة في التحريم لم يحد انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من هذا أن قول المصنف في النكاح: «أو مبتوتة قبل زوج» إنما تكلم فيه على تأبيد التحريم وعدمه فذكر أنه لا يتأبد تحريمها، وأما الحد وعدمه فلم يتعرض له فيفصل فيه بين العالم والجاهل.

الثاني: قوله في المدونة: «ألبتة بعد الثلاث زائد» قاله أبو الحسن.

الثالث: تقدم في باب الاستلحاق المسائل التي يجتمع فيها الحد ولحوق الولد والله أعلم

تَأْوِيلاَنِ. أَوْ مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ الْبِنَاءِ، أَوْ مُعْتَقَةٍ بِلاَ عَقْدٍ كَأَنْ يَطَأَهَا مَمْلُوكُهَا أَوْ مَجْنُونٌ، بِخِلاَفِ الصَّبِي، إِلاَّ أَنْ يَجْهَلَ الْعَيْنَ أَوِ الْحُكْمَ، إِنْ جَهِلَ مِثْلُهُ، إِلاَّ الْوَاضِحَ، لاَ مُسَاحَقَةٍ، وَأُدِّبَ اجْتِهَاداً. كَبَهِيمَةٍ وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الذَّبْحِ، وَالأَكْلِ وَمَنْ حَرُمَ لِعَارِضٍ. كَحَائِضٍ، أَوْ مُشْتَرَكَةٍ أَوْ مَمْلُوكَةٍ لاَ تَعْتِقُ أَوْ

ص: **(أو مطلقة قبل البناء أو معتقة بلا عقد)** ش: يعني أن من طلق زوجته قبل البناء ثم وطئها دون تجديد عقد فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل ويكون مثله يجهل ذلك، وكذلك من أعتق أمة ثم وطئها دون عقد عليها فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل. وقد تقدم نص المدونة في ذلك. ونصها أيضاً في اختصار ابن أبي زيد: ومن تزوج خامسة أو أخته من الرضاعة. ـ قال ابن حبيب عن أصبغ ـ أو أخته من النسب ـ قال ابن القاسم أو غير الأخت من ذوات المحارم ـ أو طلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها في العدة أو أعتق أم

(وإن مطلقة قبل البناء أو معتقة بلا عقد كأن يطأها مملوكها) لو قال: «مطلقة قبل البناء أو معتقة بلا عقد وإلا حد كأن يطأها مملوكها» لتنزل على ما يتقرر من المدونة: من طلق امرأته قبل البناء طلقة ثم وطئها وقال: ظننتها رجعية كالدخول بها فلا حد عليه إن رجع عذر بالجهالة، وقال محمد: من أعتق أم ولده ثم أصابها وقال ظننتها أنها تحل لي فقال ابن القاسم: لا حد عليه بخلاف من اشترى من يعتق عليه فإنه إن وطئها حد. ابن يونس: إنما حد فيمن تعتق عليه بالنسب لأنهن أحرار بعقد الشراء بخلاف من لا تعتق عليه بالعقد. وقال في الموازية: إن مكنت مملوكها من نفسها حدت **(أو مجنون)** من المدونة: من زنت بمجنون أقيم عليها الحد **(بخلاف الصبي)** من المدونة: إن زنت امرأة بصبي مثله يجامع إلا أنه لم يحتلم فلا حد عليها ابن عرفة: فهو أحرى **(إلا أن يجهل العين أو الحكم إن جهل مثله إلا الواضح)** ابن الحاجب: يخرج بتعمد المعذور بجهل العين. ابن شاس: كان يظن أنها زوجته أو أمته، ابن الحاجب: ويخرج أيضاً المعذور بجهل الحكم إذا كان يظن به ذلك، فلو كان زناً واضحاً ففي عذره قولان. وقال مالك في المدونة: لا يعذر المرتهن إذا وطيء المرهونة، وقال ظننت: أنها تحل لي وفي المدونة أيضاً: لا يعذر العجم إذا ادعوا الجهالة ولم يأخذ مالك بالحديث الذي قالت: زنيت بمرعوش بدرهمين ورأى أن يقام الحد في هذا. قيل: كانت هذه أمة تختلف إلى عبد مقعد فأعطاها درهمين وفجر بها **(لا مساحقة وأدبت اجتهاداً)** الباجي: المساحقتان من النساء سمع ابن القاسم: ليس في عقوبتهما حد وذلك إلى اجتهاد الإمام. والدليل على صحة قول ابن القاسم هذا إنما بمعنى المباشرة ولا حد إلا بمغيب. وفي نوازل البرزلي: أن حدهما خمسون جلدة وتغتسل وإن لم تنزل، وقال ابن عباس في الاستمناء للرجل والمرأة أي وهو خير من الزنا. ونحوه لأبي الشعث ومجاهد والحسن وللمرأة أن تبالغ في الاستنجاء. قاله اللخمي **(كبهيمة)** من المدونة مع غيرها لا يحد من أتى البهيمة ويعاقب **(وهي كغيرها في الأكل والذبح)** الطرطوشي: لا يختلف مذهب مالك أن البهيمة لا تقتل وإن كانت مما تؤكل أكلت **(ومن حرم لعارض كحائض)** ابن شاس: قولنا في حد الزنا: إنه الوطء في غير ملك احترزنا به عن وطء الحائض والمحرمة والصائمة في الملك **(أو مشتركة أو معتدة)** ابن شاس:

مُعْتَدَّةٍ أَوْ بِنْتٍ عَلَى أُمٍّ، لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، أَوْ أُخْتاً عَلَى أُخْتِهَا، وَهَلْ إِلاَّ أُخْتَ النَّسَبِ لِتَحْرِيمِهَا بِالكِتَابِ؟ تَأْوِيلاَنِ. وَكَأَمَةٍ مَحَلَّلَةٍ، وَقُوِّمَتْ وَإِنْ أَبَيَا أَوْ مُكْرَهَةٍ،

ولده ثم وطئها في العدة منه، فإن ادعى في جميع هؤلاء الجهالة بالتحريم ومثله يجهل ذلك - قال أشهب: مثل الأعجمي وشبهه. فلا حد عليه، وإن كان عالماً ولم يعذر بجهل حد ولم يلحق به الولد. قال ابن القاسم: وما درأت فيه الحد ألحقت فيه الولد وليس عليه للتي وطىء بعد الطلاق البائن أو العتق المبتل صداق مؤتنف، وذلك داخل في الملك الأول كمن وطىء بعد حنثه منها ناسياً ليمينه أو لم يعلم بحنثه. انتهى من كلام الرجم وانظر النوادر في ترجمة من تخالع على أنها إن طلبت ما أعطته عادت زوجة والله أعلم. ص: **(أو معتدة)** ش: سواء وطئها بالملك أو بالنكاح على المشهور. ص: **(أو مكرهة)** ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في الطراز في أواخر الجزء الثالث في ترجمة تفسير الطلاق وما يلزم من ألفاظه: قال ابن عبد الغفور: ويقال إن عبد الله بن عيسى سئل عن جارية بكر زوجها فابتنى بها زوجها فأتت بولد لأربعة أشهر، فذكر ذلك لها فقالت إني كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذي وذكر الزوج أنه وجدها عذراء. فأجاب فيها: إنه لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح ولها المهر كاملاً إلا أن تكون علمت بالحمل وغرت فلها

إن كانت شبهة في المحل بأن تكون مملوكة محرمة بسبب شركة أو عدة أو تزويج فلا حد عليه في وطئها **(أو مملوكة لا تعتق)** سمع عيسى ابن القاسم: من وطىء أمة بملك يمين ممن تحرم عليه بالنسب ولا تعتق عليه من عمة أو خالة أو بنت أخت فلا حد عليه في شيء من ذلك وإن علم أنهن محرمات عليه **(ولحق به الولد)** ابن رشد: هذا صحيح على ما في المدونة **(أو على أختها وهل إلا أخت النسب لتحريمها بالكتاب تأويلان)** ابن يونس: قال رسول الله ﷺ: «ادرؤا الحدود بالشبهات» وكان يقول: «ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فلأن يخطأ الحاكم في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة إذا رأيتم للمسلم مخرجاً فادرؤا عنه الحد». قال في المدونة: من تزوج امرأة في عدتها أو على خالتها أو على عمتها عامداً لم يحد وعوقب. ابن العربي: الكلام في المحرمات باب عظيم وليس ما حرمته السنة كما حرمه القرآن. وبهذا قال ابن القاسم: من جمع بين المرأة وعمتها عالماً بالنهي درىء عنه الحد لأن تحريمه بالسنة بخلاف من جمع بين المرأة وأختها فإنه يحد لأن تحريمه بالقرآن، ولم ينقل ابن يونس إلا ما نصه: قال ابن القاسم: من تزوج أخته من الرضاعة أو النسب عارفاً بالتحريم حد ولم يلحق به الولد **(أو كأمة محللة وقومت وإن أبيا)** من المدونة: كل من أحلت له جارية أحلها له أجنبي أو قريب أو امرأة ردت إلى سيدها إلا أن يطأها من أحلت له فلا يحد ولو كان عالماً ولزمته قيمتها وإن لم تحمل، وليس لربها التماسك بها. وقال الأبهري: إن كان عالماً بالتحريم ولم يلحق به الولد حد. ابن يونس: هذا خلاف المدونة. **(أو مكرهة)** قال ابن العربي: المكره على الزنا لا حد عليه، وكذلك المكرهة على التمكين لا تحد.

أَوْ مَبِيعَةٍ بِغَلاَءٍ وَالأَظْهَرُ وَالأَصَحُّ. كَإِنْ آدَّعَى شِرَاءَ أَمَةٍ. وَنَكَلَ الْبَائِعُ، وَحَلَفَ الْوَاطِىءُ، والمُخْتَارُ أَنَّ الْمُكْرَهَ كَذٰلِكَ، وَالأَكْثَرُ عَلَى خِلاَفِهِ، وَيَثْبُتُ بِإِقْرَارٍ مَرَّةً، إِلاَّ أَنْ يَرْجِعَ مُطْلَقاً، أَوْ يَهْرُبَ، وَإِنْ فِي الْحَدِّ، وَبِالْبَيِّنَةِ، فَلاَ يَسْقُطُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ بِبَكَارَتِهَا، وَبِحَمْلٍ فِي غَيْرِ مُتَزَوِّجَةٍ، وَذَاتِ سَيِّدٍ مُقِرٍّ بِهِ، وَلَمْ يُقْبَلْ دَعْوَاهَا الغَصْبَ بِلاَ قَرِينَةٍ،

قدر ما استحل منها. انتهى من الاستغناء. اهـ كلام الطراز. ص: **(وثبت بإقراره مرة إلا أن يرجع مطلقاً)** ش: أي سواء رجع إلى ما يعذر به أو أكذب نفسه من غير أن يبدي عذراً. قال

وقال ابن القصار: إن انتشر قضيبه حد. اللخمي: هذا غير صحيح قد يريد الرجل شرب الخمر ويكف عنها خوف أمر الله. وقد ذكر في الإحياء حكمة الله سبحانه ونعمته في اللسان منها أن خلق الله تحته عيناً يفيض اللعاب منها قدر ما ينعجن به الطعام، وسخرها لهذا الأمر بحيث ترى طعاماً على بعد فتفور المسكينة للخدمة قبل أن يصل إليها الطعام **(أو مبيعة بغلاء)** سمع عيسى ابن القاسم: من جاع فباع امرأته من رجل فأقر له بذلك فوطئها مشتريها فعن مالك وهو رأي أنهما يعزران وتكون طلقة بائنة ويرجع عليه المشتري بالثمن. وقد ترجم المتيطي في كتاب الطلاق على هذا فقال: ما جاء فيمن باع امرأته أو زوجها جاداً أو هازلاً. انظره فيه **(والأظهر إن ادعى شراء أمة ونكل البائع وحلف الواطىء)** من المدونة: من وطىء أمة رجل فادعى أنه ابتاعها منه وأنكر ذلك سيدها فإن لم يأت ببينة حد، فإن طلب الواطىء يمين السيد أنه لم يبعها منه أحلفته له، فإن نكل حلف الواطىء وقضى له بها ودرىء عنه الحد اهـ. فانظر قول خليل: «والأظهر» **(والمختار إن المكره كذلك والأكثر على خلافه)** انظر عند قوله: «أو مكرهة» **(وثبت بإقراره مرة)** ابن عرفة: نصوص المدونة وغيرها واضحة بحد المقر بالزنا طوعاً ولو مرة واحدة **(إلا أن يرجع مطلقاً)** في الموازية: إن رجع عن إقراره لوجه وسبب لم يختلف أصحاب مالك في قبول رجوعه. الباجي: وإن رجع لغير شبهة فروى ابن وهب ومطرف أنه يقال: وقاله ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وروي عن مالك لا يقبل منه **(أو يهرب وإن في الحد)** أبو عمر: اختلف قول مالك في المقر بالزنا أو بشرب الخمر يقام عليه بعض الحد فيرجع تحت الجلد فقال مرة: أن يقيم أكثر. وقال مرة: يقال ولا يضرب بعد رجوعه وهو قول ابن القاسم وجماعة العلماء **(وبالبينة فلا يسقط بشهادة أربع نسوة ببكارتها)** ابن الحاجب: يثبت الزنا بالإقرار ولو مرة وبالبينة ثم قال بعد كلام: ولو شهد أربع نسوة ببكارتها لم يسقط الحد. وعبارة المدونة: إذا شهد عليها بالزنا أربعة عدول فقالت: أنا عذراء ونظر إليها النساء وصدقنها لم ينظر إلى قولهن وأقيم عليها الحد **(وبحمل في غير متزوجة)** من المدونة: إن ظهر بامرأة حمل ولم تقم بينة بالنكاح حدت. اللخمي: تحد إن لم تكن ذات زوج وسيد ولا شبهة ولم تكن طارئة **(وذات سيد غير مقر به)** في الموازية: لا يجب رجم ولا جلد إلا بأحد ثلاثة أوجه: إما بإقرار لا رجوع بعده إلى قيام الحدّ، أو يظهر بحرة غير طارئة حمل ولا يعرف لها نكاح، أو بأمة لا يعرف لها زوج وسيدها منكر لوطئها، وبشهادة كما أخبر الله سبحانه وتعالى **(ولم يقبل دعواها الغصب بلا قرينة)** اللخمي:

يُرْجَمُ الْمُكَلَّفُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ، إِنْ صَابَ بَعْدَهُنَّ بِنِكَاحٍ لَازِمٍ. صَحَّ بِحِجَارَةٍ، مُعْتَدِلَةٍ، وَلَمْ يَعْرِفْ بُدَاءَةَ الْبَيِّنَةِ، ثُمَّ الإِمَامُ

الشارح: وإليه أشار بالإطلاق. فإن أنكر الإقرار فإن إنكاره كتكذيب نفسه على قول ابن القاسم الذي مشى عليه المؤلف أنه يقبل رجوعه ولو كان لغير شبهة. قاله في التوضيح في باب الزنى وفي باب الشهادات والله أعلم. ص: **(ويرجم المكلف الحر المسلم إن أصاب بعدهن بنكاح لازم صحيح)** ش: هذه شروط الرجم، ويعني أن الرجم إنما يكون بشرط كون الزاني مكلفاً أي عاقلاً بالغاً حراً مسلماً أصاب أي وطىء بعدهن أي بعد حصول هذه الصفات له بنكاح أي في نكاح لازم صحيح، يريد إصابة صحيحة. فلا رجم على مجنون. ولا على غير بالغ، ولا على عبد، ولا على كافر، ولا على من يتزوج أو تزوج ووطىء في نكاح غير لازم كالنكاح الذي فيه خيار كنكاح العبد ذي العيب، أو تزوج ووطىء في نكاح فاسد يفسخ قبل البناء وبعده، أو تزوج ووطىء وطئاً غير صحيح وهو الوطء الممنوع كالوطء في الحيض والنفاس والإحرام والاعتكاف والله أعلم.

تنبيه: قال في النوادر: قال محمد: وإن تأيمت المرأة بعد إحصانها أو الرجل أو كانا على نكاحهما فقد وجب عليهما الإحصان، وصرح بذلك أيضاً في مختصر الوقار. ص: **(ولم يعرف بداءة البينة ثم الإمام)** ش: انظر لم لم يتعرض المصنف إلى حضور جماعة للحد وقد

فإن ظهر بامرأتي حمل وادعت أنه من غصب وتقدم لها ذكر ذلك أو أتت متعلقة برجل أو كان سماعاً واستشكت ولم تأت متعلقة به، لم تحد إن ادعته على من يشبه. وإن ادعته على رجل صالح حدت وتعزر إن لم تسم من استكرهها إن كانت معروفة بالخير **(ويرجم المكلف الحر المسلم إن أصاب بعدهن بنكاح لازم صح)** ابن الحاجب: شرط موجب الحد: الإسلام والتكليف وهو ثلاثة: جلد مفرد وجلد مع تغريب ورجم. فالرجم على المحصن منهما ويحصل الإحصان لكل منهما بالتزويج الصحيح اللازم والوطء الصحيح المباح المحلل للمبتوتة. وقال مالك: لا يحد الكافر في الزنا ويرد إلى أهل دينه ويعاقب إذا أعلنه، وأما في سرقته فإنه يحد. ابن عرفة: الوطء المباح بنكاح صحيح لا خيار فيه من بالغ مسلم حر إحصان اتفاقاً فحده إن زنى بعد ذلك الرجم. أبو عمر: ما يفسخ بعد البناء لا يحصن واطئه بخلاف الذي لا يفسخ بعد البناء فإن الوطء فيه إحصان، وأما الوطء الفاسد كوطء الحائض والمحرمة والمعتكفة والصائمة فنقل اللخمي عن ابن دينار والمغيرة أنه يحصن وفي كون الوطء في نكاح ذي خيار أمضى بعد الوطء إحصاناً نقلا اللخمي عن ابن القاسم وأشهب. وفي المدونة: تحصين المجنونة واطئها ولا يحصنها، قال في المدونة: كل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه يحل المبتوتة وليس كلما يحل يحصن. ابن عرفة: كان يجري لنا إبطال صدق هذه الكلية بنقل عبد الحق عن ابن القاسم وطء المجنونة يحصن واطئها ولا يحلها، راجع ابن عرفة **(بحجارة معتدلة)** قال مالك: يرمى بالحجارة التي يرمى بمثلها فأما الصخر العظام فلا **(ولم يعرف بداءة البينة ولا الإمام)** قال

. . . .

قال الله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور: ٢] وقال ابن عرفة في باب اللعان: وفيها بمحضر من الناس. ابن محرز: لأنه حكم إمام بما فيه حقوق كثيرة فوجب أن يحضر من يشهد عليه لقوله تعالى في الزانيين: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور: ٢] وأقلها عند مالك أربعة انتهى. وقال ابن العربي في آية النور: المراد بالآية توبيخ الزناة والتغليظ عليهم ليرتدعوا لأنه كلما كثرت الطائفة في خصومهم كان أغلظ. واختلف في أقل ما يجزي فقال الحسن: عشرة. وقال ربيعة: ما زاد على الأربعة. وقيل: أربعة. ذكره جماعة عن المذهب وهو قول أبي زيد، ورأى أن هذا كشهادة الزنا. وقال عطاء والزهري: ثلاثة. وقيل: اثنين وحكى بعضهم ذلك عن عطاء وهذا قول مالك المشهور. وقيل: يجزىء الواحد اهـ. وقال ابن بكير في أحكامه التي رواها عن مالك: قال مالك: الطائفة هاهنا أربعة يحضرون جلد الزاني البكر ليعلم أنه محدود في الزنى، فإن قذفه قاذف لم يحد لأنه ثبت أنه محدود في زنى ولا يجزي في ذلك دون أربعة شهداء. وقال في الجواهر في باب اللعان: يحضر أربعة فأكثر لقوله تعالى في الزنى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور: ٢] فيحضرون هنا بجامع التغليظ، ولأن قطع الأنساب وفساد الأعراض أمر عظيم فيغلظ في سببه انتهى. ونقله في الذخيرة. وقال القاضي عبد الوهاب في المعونة: وينبغي للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول لقوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور: ٢] وكذلك السيد في إقامة الحد على عبده وأمته. والطائفة أربعة فصاعداً. والفائدة في ذلك أنه إن قذفه قاذفه وطالبه بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك وبإحضار من شهد حده انتهى. وقال في التلقين: وينبغي للإمام إحضار طائفة من المؤمنين للحد وأقلهم أربعة ممن تقبل شهادتهم اهـ. ونحوه في الجلاب. وقال في مختصر عيون المجالس: يستحب للإمام أن يحضر في إقامة الحد في الزنى طائفة من المؤمنين كما قال تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور: ٢] والطائفة عندنا وعند أبي حنيفة والشافعي أربعة فصاعداً. ورُوي عن ابن عباس واحد فما فوقه. وذهب عطاء وأحمد بن حنبل إلى أن الطائفتين هنا اثنان فصاعداً وذهب الزهري إلى أنها ثلاثة: وذهب الحسن إلى أنها عشرة انتهى. وقال القرطبي في قوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور: ٢] قيل: لا يشهد التعذيب إلا من لا يستحق التأديب. قال مجاهد: رجل فما فوقه إلى الألف. وقال ابن أبي زيد: لا بد من حضور أربعة قياساً على الشهادة على الزنا وأن هذا باب منه وهو قول مالك والليث والشافعي. وقال عكرمة وعطاء: لا بد من اثنين وهذا مشهور قول مالك فرآها موضع شهادة. وقال الزهري: ثلاثة لأنه أقل الجمع ثم قال: واختلف في المراد بحضور الجماعة هل المقصود بها الأغلاظ على الزناة والتوبيخ والردع، أو الدعاء لهما بالتوبة والرحمة؟ قولان للعلماء انتهى. ويفهم من كلام القرطبي هذا ومن كلام ابن بكير أن الجماعة إنما يطلب حضورها في الجلد لا في الرجم والله

كَلاَئِطٍ مُطْلَقاً، وَإِنْ عَبْدَيْنِ كَافِرَيْنِ. وَجُلِدَ الْبِكْرُ الْحُرُّ مِائَةً، وَتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ وَإِنْ قَلَّ، وَتَحَصَّنَ كُلٌّ دُونَ صَاحِبِهِ بِالْعِتْقِ وَالْوَطءِ بَعْدَهُ وَغُرِّبَ الْحُرُّ الذَّكَرُ فَقَطْ عَاماً، وَأَجْرُهُ عَلَيْهِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ. فَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ كَفَدَكَ، وَخَيْبَرَ مِنَ الْمَدِينَةِ، فَيُسْجَنُ سَنَةً. وَإِنْ عَادَ. أُخْرِجَ ثَانِيَةً، وَتُؤَخَّرُ الْمُتَزَوِّجَةُ

أعلم. ص: (**كلائط مطلقاً**) ش: يعني أن اللائط حكمه الرجم مطلقاً، سواء كان محصناً أو غير محصن فإن كانا بالغين رجما معاً، وإن كانا غير بالغين فلا رجم عليهما. وإن كان الفاعل بالغاً والمفعول به غير بالغ فليرجم الفاعل، وإن كان الفاعل غير بالغ والمفعول به بالغاً فلا يرجم الفاعل. وانظر حكم المفعول به فلم أر فيه نصاً صريحاً. وقال الجزولي: انظر ذلك، والظاهر أنه لا يرجم لأن وطء غير البالغ كلا وطء. ألا ترى أن الكبيرة إذا وطئها صغير لا تحد كما صرح به المصنف في باب الزنا في التوضيح فكذلك هنا والله أعلم.

فرع: يحد اللائط مطلقاً، سواء فعل ذلك بملكه أو بغير ملكه، قاله الجزولي وهو ظاهر.

فرع: قال ابن الفرس في سورة الأعراف: وأما إن لاط الرجل بنفسه فأولج في دبره فعندنا أنه لا حد فيه وأنه يعزر. وقيل: يقتل كما لو لاط بغيره وهو أحد أقوال الشافعي. وقيل: هو كالزاني في الإحصان وهو أيضاً أحد أقوال الشافعي. والحجة لمالك أن الآية نزلت في قوم يفعل بعضهم ببعض فينبغي أن يقتصر في العقوبة والنازلة في ذلك على موضعها ولا يتعدى إلى غيرها إلا أن يدل دليل انتهى. ص: (**وتؤخر المتزوّجة لحيضة**) ش: قال ابن الحاجب:

مالك: مذ أقامت الأئمة الحدود فلم نعلم أحداً منهم تولى ذلك بنفسه ولا ألزم ذلك البينة خلافاً لأبي حنيفة القائل: إن ثبت الزنا ببينة بدأ الشهود ثم الإمام ثم سائر الناس. (**كلائط مطلقاً وإن عبدين وكافرين**) ابن عرفة: اللائطان كالمحصنين وإن لم يحصنا. ابن أبي زيد: لو كانا عبدين أو كافرين لرجما خلافاً لأشهب (**وجلد الحر البكر مائة**) ابن عرفة: حد زنا البكر الحر جلد مائة (**وتشطرت بالرق وإن قل**) من المدونة: حد العبد في الزنا خمسون وكذلك الأمة، وكل من فيه عقد حرية لم يتم كالمدبر والمكاتب وأم الولد والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل (**وتحصن كل دون صاحبه بالعتق والوطء بعدة**) ابن عرفة: الوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتق منهما (**وغرب الحر الذكر فقط عاماً**) من المدونة: لا نفي على النساء ولا على العبيد ولا تغريب ولا ينفى الرجل الحر إلا بالزنا أو في حرابة به فيسجنان جميعاً في الموضع الذي ينفيان إليه يسجن الزاني سنة والمحارب حتى تعرف توبته (**وأجره عليه فإن لم يكن له مال فمن بيت المال**) في الموازية: كراؤه في سيره عليه في مال الزاني والمحارب فإن لم يكن له مال ففي مال المسلمين (**كفدك وخيبر من المدينة فيسجن سنة**) من المدونة قال مالك: وقد كان ينفى عندنا إلى فدك وخيبر. قال: ويسجن المحارب والزاني في الموضع الذي ينفيان إليه يسجن الزاني سنة. ابن القاسم: من يوم يصير في السجن مطرف ويؤرخ يوم سجنه (**وإن عاد أخرج ثانية**) ابن شاس: فإن عاد أخرج ثانية (**وتؤخر المتزوجة لحيضة**) اللخمي: إن شهد على امرأة بالزنا منذ أربعين يوماً أخرت ولم تضرب ولم ترجم حتى تتم لها ثلاثة أشهر من حين زنت فينظر

لِحَيْضَةٍ، وَبِالجلْدِ اعْتِدَالُ الْهَوَاءِ، وَأَقَامَهُ الْحَاكِمُ وَالسَّيِّدُ إِنْ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِغَيْرِ مِلْكِهِ

وينتظر وضع حملها والاستبراء في ذات الزوج. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وانظر هل هو حيضة وهو الأقرب، أو ثلاث حيض؟ خليل: بل القاعدة أن الحرة لا تستبرأ إلا بثلاث حيض انتهى.

قلت: قد تقدم في باب الردة أن مالكاً نص في الموازية على أنها تستبرأ بحيضة، وحكم البابين واحد، ولعل المصنف إنما جزم بذلك لما ذكرناه والله أعلم. ص: **(وأقامه الحاكم والسيد)** ش: قال ابن الحاجب: والسيد في رقيقه في حد الزنا والخمر والقذف. قال في التوضيح: احترز من السرقة وغيرها فلا يقيمها إلا الوالي. قال في المدوّنة: لأن ذلك ذريعة إلى أن يمثل بعبده ويدعي أنه سرق انتهى. وقال في المدوّنة: ولا بأس أن يقيم السيد على مملوكه حد الزنا والقذف وحد الخمر. أبو الحسن في الحديث: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[1]. وهو محمول على الوجوب. وقال أبو محمد: ويقيم الرجل على عبده وأمته حد الزنا. وهذه العبارة

أحامل هي أم لا، ولا يستعجل الآن لإمكان أن تكون حملت، وإن لم يمض لها أربعون يوماً جاز تعجيل حدها جلداً أو رجماً إلا أن تكون ذات زوج فيسأل، فإن قال كنت استبرأتها فيها حدت ورجعت، وإن قال لم استبرئها خير بين أن يقوم بحقه في الماء الذي له فيها فتؤخر لينظر هل تحمل منه أم لا أو يسقط حقه فتحد انتهى. انظر قوله: «للزوج أن يسقط حقه فتحد في الماء الذي له فيها» هل هو فرع جواز إفساد المني قبل الأربعين يوماً وسيأتي له في آخر هذه المسألة ما يرشح هذا. وكذلك أيضاً في العدة قبل قوله: «يجب الاستبراء» وقد قال عياض: رأى بعضهم أنه ليس للنطفة حرمة ولا لها حكم الولد في الأربعين يوماً. وخالفه غيره في هذا ولم ير إباحة إفساد المني ولا تسبب إخراجه بعد حصوله في الرحم بوجه قرب أو بعد بخلاف العزل قبل حصوله في الرحم. انتهى نص عياض وانظر إن لم يعزل لكن جعل بين الماء وحصوله في الرحم ما منع علوقه به، أفتى ابن زرقون أنه كالعزل قال: لأنه ما جنى على موجود. اللخمي: وأجاز في المدونة إذا زنت منذ شهرين أن ترجم إذا نظر لها النساء وقلن: لا حمل بها وليس بالبين، لأنه ﷺ أخبر بكونه نطفة أربعين يوماً ثم علقة، وإذا كان كذلك أمكن أن يكون في الشهرين علقة ولا يجوز حينئذ أن يعمل عملاً يؤدي إلى إسقاطه كما لا يجوز للمرأة أن تشرب ما تطرحه به **(وبالجلد اعتدال الهواء)** من المدونة: المريض إن خيف عليه من إقامة الحد أخر قال مالك: وإن خيف على السارق أن يقطع في البرد أخر. ابن القاسم: والذي يضرب الحد في البرد مثله إذا خيف عليه أخر والحد بمنزلة البرد. اللخمي: إن كان ضعيف الجسم سقط الحد. انظر قبل هذا عند قوله: «والموالاة في الأطراف» **(وأقامه الحاكم والسيد إن لم يتزوج بغير ملكه)**

---

(١) رواه مسلم في كتاب الحدود حديث ٣٤. أبو داود في كتاب الحدود باب ٣٣. الترمذي في كتاب الحدود باب ١٣.

بِغَيْرِ عِلْمِهِ وَإِنْ أَنْكَرَتِ الْوَطْءِ بَعْدَ عِشْرِيْنَ سَنَةٍ، وَخَالَفَهَا الزَّوْجُ. فَالْحَدُّ، وَعَنْهُ فِي الرَّجُلِ يَسْقُطُ مَا لَمْ يُقِرَّ بِهِ أَوْ يُولَدْ لَهُ وَأُوِّلاَ عَلَى الْخِلاَفِ أَوْ لِخِلاَفِ الزَّوْجِ فِي الأُوْلَى فَقَطْ أَوْ لِأَنَّهُ يَسْكُتُ، أَوْ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ لَمْ تَبْلُغْ عِشْرِيْنَ: تَأْوِيلاَتٌ، وَإِنْ قَالَتْ: زَنَيْتُ مَعَهُ،

أصرح لأنه وإن كان لفظها لفظ الخبر فمعناها الأمر وقوله في الكتاب لا بأس لما يتوهم أن به الباس وأن الحدود ألا يقيمها إلا الإمام، وقد قال فيمن اشترى جارية وقد زنت عند البائع ليس بواجب على المبتاع أن يحدها، مفهومه لو زنت عنده عليه كان عليه واجباً أن يحدها انتهى. وقوله: «السيد» سواء كان رجلاً أو امرأة. قاله الجزولي في شرح الرسالة وغيره. وذكر البرزلي عن التونسي فيمن زنت أمته أن عليه أن يقيم عليها الحد. قال البرزلي: وظاهر المدونة والرسالة جواز إقامة السيد الحد على عبده لا وجوبه والله أعلم.

فرع: وإذا أقام الحد فيحضر في الزنا أربعة نفر، وفي الخمر والقذف رجلين. قال مالك: لأنه عسى أن يعتق ويشهد بين الناس فيحد من يشهد عليه بما ترد به شهادته. نقله أبو الحسن وغيره.

فرع: قال أبو الحسن: قوله: «والقذف» ظاهره ولا مقال للمقذوف إن قال السيد لا أرضى إلا بإقامة الإمام الحد وترجم فيه الشيخ انتهى. وقال ابن عسكر في العمدة: ولا يقيم الحد على الأحرار إلا السلطان وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين انتهى. ص: **(وإن قالت**

ابن شاس: أما مستوفي الحد فهو الإمام في حق الأحرار، ولا بأس للسيد أن يقيم على مملوكه حد الزنا والقذف والخمر لا السرقة. اللخمي: وكذا إن كان زوج أمته عبده فله إقامته عليها. ابن شاس: إنما يحد أمته إذا كانت غير ذات زوج أو كان زوجها عبده، فإن كانت متزوجة بغير عبد سيدها فلا يقيم الحد عليها إلا الإمام، وكذلك العبد إذا كانت له زوجة حرة أو أمة لغير سيده فلا يقيم الحد عليها إلا الإمام **(بغير علمه)** من المدونة: لا يحد عبده في الزنا إلا بأربعة سواه، فإن كان أحدهم رفعه إلى الإمام. قال عبد الملك: من رأى أمته تزني لم يجلدها إذ ليس للسلطان أن يجلد برؤيته **(وإن أنكرت الوطء بعد عشرين سنة وخالفها الرجل فالحد وعنه في الرجل يسقط ما لم يقر به أو يولد له وأول على الخلاف أو لخلاف الزوج في الأولى فقط أو لأنه يسكت أو لأن الثانية لم تبلغ عشرين تأويلات)** من المدونة: إذا أقامت المرأة مع زوجها عشرين سنة ثم زنت فقالت: لم يكن الزوج جامعني والزوج مقر بجماعها فهي محصنة. ومن المدونة أيضاً عن ابن القاسم: من تزوج امرأة وتقادم مكثه معها بعد المدخول بها فشهد عليه بالزنا فقال: جامعتها منذ دخلت عليها، فإن لم يعلم بولد يظهر أو بإقرار بالوطء لم يرجم لدرء الحد بالشبهة، وإن علم منه إقرار بالوطء قبل ذلك رجم. قال يحيى: هذا اختلاف. قال ابن يونس: ليس الأمر كما توهم، والفرق بينهما أن المسألة الأولى أن الزوج مقر بجماعها، وفي المسألة الثانية لم تدع الزوجة أنه وطئها. راجع التنبيهات **(وإن قالت: زنيت معه**

فَادَّعَى الْوَطْءَ وَالزَّوْجِيَةَ، أَوْ وُجِدا بِبَيْتٍ وَأَقَرَّا بِهِ وادَّعَيَا النِّكَاحَ أَوِ ادَّعَاهُ فَصَدَّقَتْهُ هِيَ وَوَلِيُّهَا وَقَالاَ لَمْ نُشْهِدْ حُدَّا.

زنيت معه وادعى الوطء والزوجية أو وجدا ببيت وأقرا به وادعيا النكاح أو ادعاه فصدقته ووليها وقالا لم نشهد حدا) ش: جواب الشرط قوله: «حداً» وهذا راجع إلى المسائل الثلاث. والمسألتان الأوليان في كتاب الحدود من المدوّنة ونصه: وإذا قالت المرأة زنيت مع هذا الرجل وقال الرجل هي زوجتي قد وطئتها أو وجدا ببيت فأقرا بالوطء وادعيا النكاح فإن لم يأتيا ببينة حدا انتهى. أبو الحسن: معنى المسألة الثانية إذا لم يكونا طارئين، وأما الأولى فسواء كانا طارئين أم لا انتهى وقال أشهب: في الأولى لا حد عليه لأنه لم يعترف بوطء إلا في نكاح وتحد هي بخلاف المسألة الثانية إذا وجد مع امرأة وادعى نكاحها لأنه أقر فهو يدفع عن نفسه وسوى بينهما ابن القاسم. قاله في الذخيرة، وقاله أيضاً أبو الحسن. وأما الثانية فهي كتاب القذف ونصها: ومن وطىء امرأة وادعى نكاحها وصدقته هي ووليها وقالوا عقدنا النكاح ولم نشهد ونحن نريد أن نشهد الآن، فعلى الرجل والمرأة الحد إلا أن يقيما بينة غير الولي. وإن حددتهما وهما بكران فأراد أن يحدثا إشهاداً على ذلك النكاح ويقيما عليه لم يجز حتى تستبرأ من ذلك الماء انتهى. ويريد المؤلف ويجددا نكاحاً فإن النكاح يفسخ بطلاق كما تقدم في النكاح. ويريد المؤلف إذا لم يحصل فشو، أما إذا حصل فإنه يسقط الحد كما قال في باب النكاح. وقال

وادعى الوطء والزوجية أو وجدا في بيت وأقرا به وادعيا النكاح أو ادعاه فصدقته أو وليها وقالا: لم نشهد حدا) من المدونة: إذا قالت امرأة زنيت مع هذا الرجل وقال الرجل: هي زوجتي وقد وطئتها أو وجدا في بيت فأقرا بالوطء وادعيا النكاح فإن لم يأتيا ببينة حدا. ابن يونس: لأن من سنة النكاح الإظهار والإعلان وقد نص في المدونة أن شهادة الولي بالنكاح لغو. وفي المدونة: اشترى حرة وهو يعلم بها فأقر أنه وطئها حد. ابن القاسم: ولا تحد هي إن أقرت له بالملك. ابن يونس: يريد وإن كانت تعلم أنها حرة لأنه لا ينفعها دعواها الحرية إذ لا بينة لها تقوم بها. ومن المدونة قال مالك في رجل وجد مع امرأة في بيت فشهد أبوها وأخوها أن الأب زوجها إياه فلا يقبل ذلك ويعاقبان، وإن ثبت الوطء حد. ابن يونس: روي أن رسول الله ﷺ قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[1] ويقال: «ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فلأن يخطأ حاكم من الحكام في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة إذا رأيتم للمسلم مخرجاً فادرؤا الحد عنه»[2] ابن شاس: الجناية الرابعة القذف وفيه بابان: الأول في ألفاظه وموجبها. الباب الثاني في مجامع أحكامه. وقال ابن عرفة: القذف الأخص بإيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطيق الوطء لزنى أو قطع نسب مسلم.

---

(١) رواه ابن ماجة في كتاب الحدود باب ٥. بلفظ «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً».

(٢) رواه أبو داود في كتاب الصلاة باب ١١٤. الترمذي في كتاب الحدود باب ٢.

باب القذف

قَذْفُ المُكَلَّفِ حُرّاً مُسْلِماً، بِنفي نَسَبٍ، عَنْ أَب، أَو جَدٍّ، لاَ أُمّ،

الشارح هنا في المسألة الثالثة بعد قوله: «إلا أن يقيما بينة غير الولي للتهمة» وإن جلدا انتفى النكاح بلا استبراء انتهى. ولا أدري ما معنى هذا الكلام مع قوله بعده. ابن القاسم: ويأتنفا نكاحاً جديداً بعد الاستبراء والله أعلم.

باب

ص: **(قذف المكلف حراً مسلماً بنفي نسب عن أب أو جد)** ش: قال ابن عرفة: القذف الأعم: نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم. والأخص بإيجاب الحد: نسبة آدمي مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم فيخرج قذف الرجل نفسه انتهى. قلت: حده الأخص غير مانع لدخول قذف المجنون فيه. وقال في التوضيح: لا حد على قذف مجنوناً إذا كان جنونه من حين بلوغه إلى حين قذفه ولا يتخلله إفاقة. اللخمي: لأنه لا معرة عليه لو صح فعل ذلك منه، وأما إن بلغ صحيحاً ثم جن أو كان يجن ويفيق فإنه قاذفه يحد. وكذلك المجبوب إذا كان جبه قبل بلوغه لا يعلم كذب قاذفه فلم تلحقه معرة، وإن كان جبه بعد بلوغه حد. وكذلك الحصور الذي ليس معه آلة النساء انتهى. وقال ابن عرفة: وفيها في أوائل الرجم: ويحد قاذف المجنون وكان يجري لنا مناقضتها بقولها في القذف كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى ربه رجلاً حد الفرية، ويجاب بحمل قولها في الرجم على المجنون الذي يفيق أحياناً انتهى. وقال أبو الحسن: قوله في المدوّنة: «ويحد قاذف المجنون» معناه أنه بلغ صحيحاً ثم جن. انظر بقية كلامه. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله يقتضي أن من نفى عبداً عن نفسه لا حد عليه ولو كان أبواه حرين وليس كذلك. قال فيها: ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان لست لأبيك ضرب سيده الحد، فإن كان أبوا العبد ماتا ولا وارث لهما أو لهما فللعبد أن يحد سيده، وفي الاكتفاء بإسلام أبيه دون أمه خلاف فيها

باب

(قذف المكلف) ابن رشد: حد القذف يجب بوصفين في القاذف وهما البلوغ والعقل **(حراً مسلماً بنفي نسب)** تقدم قول ابن عرفة نسبة آدمي مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطيق الوطء لزنى أو قطع نسب. من المدونة: من قذف ذمياً زجر، ومن قذف نصرانية زوجة مسلم نكل، وإذا افترى ذمي على مسلم حد ثمانين ولا يحد إذا زنى ويقطع إذا سرق، وقال مالك: من قال لمسلم لست لأبيك وأبواه نصرانيان حد قد كان آباء الصحابة مشركين **(عن أب وجد لا أم)** ابن الحاجب: القذف ما يدل على الزنا أو اللواط والنفي عن الأب والجد. من المدونة: من قال لرجل

وَلاَ إِنْ نُبِذَ، أَوْ زَنَا،

أن من قال لعبده لست لأبيك وأبوه مسلم وأمه كافرة أو أمة فتوقف فيها مالك. قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يحد لأنه حمل أبوه على غير أمه.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: إذا قذف حران عبداً أو نصرانياً فطلب العبد تعزير قاذفه فليس للعبد في مثل هذا تعزير وينهى قاذفه أن لا يؤذيه. فإن كان رجلاً فاحشاً معروفاً بالأذى عزر وأدب عن أذى العبد وغيره انتهى. وقال في النوادر: يؤدب قاذف العبد والكافر لإذايته له.

مسألة: إذا قال الشخص لولده لست بولدي فإن أراد أنه في قلة طاعته له ليس كالأولاد حلف على ذلك وأنه لم يرد النفي عن النسب ولا شيء عليه، وإن نكل وأراد نفي نسبه كان في كلامه قطع نسب الولد وقذف لأمه. فأما قطع نسب الولد فالراجح أنه لا يحد لولده، ويظهر ذلك من مسألة كتاب القذف من المدونة فيمن قال لبنيه ليسوا بولد له، ويدل له أيضاً أنه لم يجعل على الأب حداً فيما إذا انتفى من حمل أمته ثم استلحقه. وسيأتي في الكلام على قول المصنف في آخر الباب «وله حد أبيه وفسق» أنه مشى على القول الضعيف، وعلى القول بأنه يحد لقذف ولده ويفسق بأنه يجوز عفوه عنه وإن بلغ الإمام. قال اللخمي: ولا خلاف في ذلك كما سيأتي بيانه. وأما قذف الأم فإن كانت حية كان لها القيام بذلك، وإن كانت ميتة كان لولدها القيام به، فإذا قام به الولد لم يجز عفوه بعد بلوغ الإمام وتأمل كلام اللخمي وغيره فيمن نفى عبداً عن نسبه وأبواه حران أو أحدهما أو أبواه عبدان أو أحدهما.

فرع: فإذا كانت الأم حية لم يكن للولد القيام إلا بطلب من الأم، وكذلك كل من وجب له حد من قذف، وهذا بخلاف الأب. انظر كلام ابن ناجي في شرح قول المدونة: «ومن أذى مسلماً أدب» ص: **(ولا إن نبذ)** ش: قال في أواخر كتاب العتق الثاني من التنبيهات: اللقيط هو الملتقط حيث وجد وعلى أي صفة وجد في صغره، والمنبوذ الذي وجد منبوذاً لأول ما يولد. وقيل: اللقيط هو ما التقط من الصغار في الشدائد والغلاء ولا يعلم له أب. وعلى هذا القول ابن القاسم فيمن قذف اللقيط بأبيه حد، ومن قذف بذلك المنبوذ لم يحد. وقال مالك: ما نعلم منبوذاً إلا ولد الزنى وعلى قائلها لغيره الحد. وأراد بعض المشايخ أن يخرج من المدونة خلاف هذا من قوله في الذي استلحق لقيطاً أنه لا يلحق به إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد وسمع الناس يقولون إذا طرح عاش، وهذا لا حجة فيه لأن هذا في النادر. وإنما تكلم على ما جرت به العادة أولاً في هذه على نازلة وقعت شهدت لها دلائل، وإلا فالغالب ما قاله أولاً انتهى. وقوله: «وعلى قائلها لغيره الحد» يعني أن من قال لغيره يا منبوذ فعليه الحد. ولعل بعض المشايخ الذي أشار إليه هو اللخمي فإنه قال في كتاب العتق الثاني لما

لست ابن فلانة لم يحد. **(ولا إن نبذ)** انظر هذا عند قوله: «أو مجهولاً» **(أو زنى)** ابن رشد: يجب

تكلم على اللقيط: وأما نسبه فإن محمله على أنه ذو نسب وأنه لرشدة إلا أنه غير معروف. فإن قال له رجل لا أب لك أو يا ولد الزنى حد له. واختلف إذا استلحقه رجل فقال في كتاب أمهات الأولاد: لا يقبل قوله ولا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه. ثم ذكر الخلاف في ذلك ثم قال: حكم المنبوذ حكم الملقوط اللقيط في الحرية والدين. واختلف في النسب فجعله ابن حبيب للزنية لا نسب له وقال: من قذف المنبوذ بأبيه وأمه لم يحد. وقد قيل: المنبوذ من نبذ عندما ولد. والشأن إنما يفعل ذلك بمن ولد عن زنى. واللقيط ما طرح عند الشدائد والجدب وليس عندما يولد. ولمالك في المبسوط مثل ذلك فيمن قال لرجل يا منبوذ قال: ما نعلم منبوذاً إلا ولد الزنى، وأرى على ما قال ذلك الحد. وكل هذا خلاف لقول ابن القاسم لأنه قال فيمن استلحق لقيطاً: لا يقبل قوله إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد وسمع الناس يقولون إنه إذا طرح عاش، وهذا إنما يفعل عند الولادة انتهى. وقال ابن عرفة في آخر باب اللقطة لما تكلم على اللقيط: وأطلق عليه ابن شعبان لفظ منبوذ وترجم على أحكامه في الموطأ بالقضاء في المنبوذ. وفي صحاح الجوهري: المنبوذ اللقيط، ثم ذكر كلام اللخمي. فتحصل من هذا أن المنبوذ هو من طرح عند ولادته، وأن اللقيط من طرح بعد ذلك، أنه قد يطلق على اللقيط أنه منبوذ إذا علم ذلك. فقول المصنف: «ولا إن نبذ» الذي يظهر من معناه أن من بقي منبوذاً عن أب أو جد لا حد عليه. ولا إشكال في ذلك لأنه لا أب له ولا جد إذ لا نسب له. هذا إن كان معناه أنه قال لست ابن فلان، وأما إن كان معناه أنه قال لا أب لك أو يا ولد زنى فهذا يأتي على ما ذكره اللخمي عن مالك في المبسوط وعن ابن حبيب، وما حكاه عياض عن ابن القاسم وإن كان خلاف ما ذكره ابن رشد في البيان وحكاه عنه ابن غازي. وأما ما ذكره الشارح والمحشي في تفسير كلام المصنف وأن معناه إذا قال للمنبوذ يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية فبعيد، لأن كلام المصنف في النفي عن النسب لا في قذف أبي المنبوذ أو أمه فتأمله. ولا شك لأنه إذا قلنا لا حد على من قال للمنبوذ ليس لك أب أو يا ولد الزنى، فلا حد على ما قال يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية. والعلة في ذلك كونه ولد زانية لأن أباه وأمه غير معروفين لأن هذه العلة موجودة في اللقيط. وقد نص ابن رشد على أن من قال له يا ابن الزاني ويا ابن الزانية أن عليه الحد فتأمله.

تنبيه: ما نقله ابن غازي عن ابن عرفة في المحمولين لم أقف عليه في كلام ابن عرفة في كتاب القذف ولا في اللقيط ولا غيره فانظره. ص: (أو زنى) ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

فرع: لو قذفه بالزنى ثم أثبت أنه زنى في حال الصبا أو في حال الكفر لم ينفعه ذلك، لأن هذا ثبت عليه اسم زنى بخلاف ما إذا ثبت عليه أنه زنى في حال رقه فإن اسم الزنى لازم له، نقله ابن عرفة وهذا مستفاد من قول المصنف: «وعف عن وطء يوجب الحد» ويخرج به ما إذا ثبت عليه أنه وطىء بهيمة.

إن كُلِّفَ، وَعَفَّ عَنْ وَطْءٍ يُوجِبُ الْحَدَّ بِآلَةٍ، وَبَلَغَ كَأَنْ بَلَغَتِ الْوَطْءَ، أَوْ مَجْهُولاً،

فرع: فلو قذف رجلاً فارتد المقذوف لم يحد قاذفه ولو رجع إلى الإسلام كمن قذف رجلاً بالزنى فلم يحد له حتى زنى المقذوف فلا يحد قاذفه. نقله ابن عرفة عن المدونة. ومنه يعلم أنه إذا ثبت على المقذوف زنى فلا حد على قاذفه ولو قذفه بزنى غير الزنى الذي ثبت عليه. ص: (وعف) ش: أي يشترط في وجوب حد القذف أن يكون المقذوف عفيفاً ولم يفسر الشارح العفاف. وقال ابن الحاجب: العفاف أن لا يكون معروفاً بالقيان ومواضع الفساد والزنى بخلاف السارق والشارب. قال في التوضيح: هكذا نقل في الجواهر عن الأستاذ فقال: ومعنى العفاف أن لا يكون معروفاً بالقيان ومواضع الفساد والزنى. فلو قذف معروفاً بالظلم والغصب والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا والقذف يحد له إذا كان غير معروف بما ذكرنا. ولم يثبت عليه ما رمى به، فإن ثبت أو كان معروفاً بذلك لم يحد قاذفه. قال ابن عبد السلام وغيره: ومقتضى مسائل المذهب خلافه وأنه لا يخرجه من الحد إلا أن يكون ممن حد في الزنى أو ثبت عليه وإن لم يحد له. واختلف إذا أقام شاهدين على إقراره بالزنى بناء على أنه هل يثبت الإقرار بشاهدين أم لا. انتهى كلام التوضيح. وقال ابن عرفة: وعفاف المقذوف الموجب حد قاذفه في مسائل المدونة وغيرها واضحة بأن السلامة من فعل الزنى قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده لاستلزامه إياه. ثم قال: قال ابن شاس: قال الأستاذ أبو بكر: ثم ذكر كلامه المتقدم ثم قال: قلت: وظاهر نصوص المذهب خلافه انتهى. وما قاله ابن عرفة والشيخ خليل وابن عبد السلام هو الظاهر، وقد قال ابن الحاجب: ويسقط الإحصان بثبوت كل وطء يوجب الحد قبل القذف وبعده ولو كان عدلاً. قال في التوضيح: قوله: «ويسقط الإحصان» المشترط هنا لا في الرجم بثبوت كل وطء يوجب الحد فيخرج وطء البهيمة ووطء الشبهة قبل القذف وبعده أي قبل الحد أو بعده ولا يعود إليه الإحصان. ثم قال: ولا يعود العفاف أبداً ولو تاب وحسنت

حد القذف على مذهب مالك في وجهين: أحدهما أن يرميه بالزنا، والثاني أن ينفيه من نسبه، وسواء كانت أمه أمة أو كافرة **(إن كلف وعف عن وطء يوجب الحد بآلة وبلغ)** ابن رشد: حد القذف يجب بخمسة أوصاف في المقذوف وهي الإسلام والحرية والعفاف والبلوغ وأن يكون معه متاع الزنا ليس بحصور ولا مجبوب قبل البلوغ. ومن الناس من زاد العقل وليس بصحيح لأنه داخل تحت العفاف. انتهى نص ابن رشد. وقال ابن عرفة: يشترط إسلام المقذوف وحريته وعفافه وعقله حين رمي بالفاحشة لما تقدم من قولها: كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى به رجلاً حد الفرية **(كأن بلغت الوطء)** من المدونة: من قذف صبية لم تبلغ الوطء ومثلها يوطأ فعليه الحد **(أو مجهولاً)** ابن شاس: من قذف مجهولاً فلا حد عليه. الباجي: قال ابن المواز: وروي في رجل قال لجماعة: أحدكم زان أو ابن زانية فلا يحد إذ لا يعرف من أراد، فإن قام به جميعهم فقد قيل لا حد عليه. ومن ابن يونس: من قال لست ابن فلان لجده حد كان جده مسلماً أو كافراً. أشهب: وهذا إذا كانت ولادة

وَإِنْ مُلاَعَنَةٌ وَابْنَهَا، أَوْ عَرَّضَ غَيْرُ أَبٍ، إِنْ أَفْهَمَ يُوجِبُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً، وَإِنْ كَرَّرَ لِوَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ إِلاَّ بَعْدَهُ، وَنِصْفُهُ عَلَى الْعَبْدِ. كَلَسْتُ بِزَانٍ، أَوْ زَنَتْ عَيْنُكَ

حاله. وقوله: «بثبوت» يقتضي أنه لا يسقط إلا بذلك وهو خلاف ما فسر به العفاف فانظره انتهى. وعليه فلا شك أن الشخص محمول على العفاف حتى يثبت عليه القاذف أنه غير عفيف والله أعلم.

تنبيه: يفهم من الكلام السابق في تعريف العفاف ما تقدم التنبيه عليه من أن المقذوف إذا حد في زنى أو ثبت عليه زنى لا حد على قاذفه ولو قذفه بغير الزنى الذي ثبت عليه والله أعلم. قال في النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على القاذف: وقال مالك: ومن قذف من جلد في زنى لم يحد. قاله ابن القاسم، ويؤدب بإذاية المسلمين انتهى. وقال أيضاً: من قذف إنساناً ثم أثبت أنه حد فسقط الحد عن القاذف فلا بد من أدبه لإذايته للمقذوف. انتهى. **ص: (وإن ملاعنة) ش:** قال في مختصر الوقار: ومن قال لابن ملاعنة لست لأبيك الذي لاعن

جده في الإسلام ولم يكن مجهولاً، فإن كان مجهولاً لم يحد إن كان مولى. وكذلك إن نفاه من أبيه دنية لأن المجهولين لا تثبت أنسابهم ولا يتوارثون بها، وإن كان من العرب حد. وإن كانت ولادة أبيه أو جده في الجاهلية وولد المنفي في الإسلام وإن كان محمولاً مع أبيه لم يحد من نفاه. ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان يا ابن الزاني حد، ولو كان أبوه مسلماً وأمه كافرة أو أمة فقد وقف فيها مالك. قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يحد وقد نصوا أن المسلمين لا تثبت أنسابهم ولا يتوارثون **(وابن ملاعنة وابنها)** من المدونة قال مالك: على قاذف ابن الملاعنة وقاذف أمه الحد. ابن عرفة: قول ابن شاس الملاعنة وابنها كغيرهما واضح في نسبتهما إلى الزنا بعدم نفي عتقهما بما اتصفا به. ابن يونس: ومن قال لولد الملاعنة: لا أبا لك حد إن كان على وجه المشاتمة **(أو عرض)** ابن عرفة: الصيغة صريحة وتعريض والتعريض ما يدل عليه بقرينة بينة. قال ابن شاس: كقوله: أما أنا فلست بزان **(غير أب)** ابن محرز: من عرض لولده بالقذف لم يحد لبعده عن التهم في ولده **(إن أفهم)** ابن شاس: حكم التعريض حكم التصريح إذا فهم منه القذف أو النفي **(يوجب ثمانين جلدة)** هذا خبر قوله: «قذف». قال ابن عرفة: قدر حد القذف على الحر ثمانون جلدة ذكراً أو أنثى، وشطرها على ذوي رق منهما **(وإن كرر لواحد)** أبو عمر: من قذف إنساناً واحداً مراراً حد له حداً واحداً، فإذا حد له ثم عاد فقذفه لم يكن عليه شيء ويزجر عن ذلك. ابن عرفة: في المدونة يحد **(أو جماعة)** من المدونة: من قذف ناساً في مجالس فحده لأحدهم حد لجميعهم وإن لم يعلم به حين حده **(إلا بعده)** من المدونة: إن قذف رجلاً فلما ضرب أسواطاً قذفه ثانياً وآخر ابتدىء الحد عليه ثمانين من حين يقذفه ولا يعتد بما مضى من السياط **(ونصفها على العبد)** تقدم نص ابن عرفة: شطرها على ذي رق من ذكر وأنثى **(كلست بزان)** تقدم نص ابن شاس بقوله: «غير أب» **(أو زنت عينك)** ابن شاس: لو قال: زنا فرجك فهو قاذف، وكذلك لو قال: زنت عينك أو يدك فإنه يحد عند ابن القاسم ورآه من

أَوْ مُكْرَهَةً، أَوْ عَفِيفُ الْفَرْجِ، أَوْ لِعَرَبِيٍّ مَا أَنْتَ بِحُرٍّ، أَوْ يَا رُومِيُّ كَأَنْ نَسَبَهُ لِعَمِّهِ، بِخِلاَفِ جَدِّهِ، وَكَأَنْ قَالَ، أَنَا نَغِلٌ، أَوْ وَلَدُ زِنا أَوْ كَيَا قَحْبَةُ، أَوْ قَرْنَانُ، أَوْ يَا ٱبْنَ مُنَزِّلَةِ الرُّكْبَانِ، أَوْ ذَاتِ الرَّايَةِ، أَوْ فَعَلْتُ بِهَا فِي عُكَيْهَا، لاَ إِنْ نَسَبَ جِنْساً لِغَيْرِهِ وَلَوْ أَبْيَضَ لِأَسْوَدَ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْعَرَبِ، أَوْ قَالَ مَوْلًى لِغَيْرِهِ أَنَا خَيْرٌ،

أمك فعليه الحد، وإن قال يا منفي يا ابن ملاعنة يا ابن من لوعنت فلا حد عليه في جميع ذلك انتهى. وقاله في كتاب اللعان من النوادر. وقال: إنه يعزر والله أعلم. **ص: (أو كيا قحبة) ش:** قال في القاموس: القحب المسن والعجوز قحبة والذي يأخذه السعال. وقد قحب يقحب كنصر قحباً أو قحاباً وقحب تقحيباً. وسعال قاحب شديد، والقحبة الفاسدة الجوف من داء والفاجرة لأنها تسعل وتنحنح أي ترمز به. وبه قحبة أي سعال انتهى. وفي الصحاح: القحاب سعال الخيل والإبل وربما جعل للناس والقحبة كلمة مولدة انتهى. وفي كتاب الأفعال لأبي

التعريض **(أو مكرهة)** من المدونة: من قال لزوجته: زنيت وأنت مستكرهة أو قال ذلك لأجنبية لاعن الزوجة وحد للأجنبية **(أو عفيف الفرج)** الباجي: من قال في مشاتمته: إنك لعفيف الفرج حد **(أو لعربي ما أنت بحر أو يا رومي)** من المدونة: من قال لعربي: يا مولى أو يا عبد أو يا رومي حد **(كأن نسبه لعمه بخلاف جده)** من المدونة: إن قال له: أنت ابن فلان نفسه إلى جده ولو في مشاتمة لم يحد، وكذا لو نسبه إلى جده لأمه، ولو نسبه إلى عمه أو خاله أو زوج أمه حد **(وكأن قال: أنا نغل أو ولد زنى)** ابن شاس: لو قال رجل عن نفسه: أنا نغل حد لأنه قذف أمه، وكذلك لو قال لرجل: يا نغل حد لأنه قذف. الجوهري: فلان نغل فاسد النسب ونغل الأديم أي فسد **(أو كيا قحبة أو قرنان)** يحيى بن عمر: من قال لامرأته يا قحبة عليه الحد. وقال ابن القاسم: من قال لرجل: يا قرنان جلد لزوجته إن طلبته لأن القرنان عند الناس زوج الفاعلة **(أو ابن منزلة الركبان أو ذات الراية)** الباجي: من قال: يا ابن منزلة الركبان ففي الواضحة يحد، وكذلك من قال: يا ابن ذات الراية وذلك أنه كان في الجاهلية المرأة البغي تنزل الركبان وتجعل على بابها راية **(أو فعلت بها في عكنها)** ابن القاسم: من قال: فعلت بفلانة في أعكانها أو بين فخذيها حد. الباجي: وجهه أنه أشد من التعريض. وقال أشهب: لا يحد **(لا إن نسب جنساً لغيره ولو أبيض لأسود)** من المدونة: إن قال لفارس: يا رومي أو يا حبشي أو نحو هذا لم يحد. ابن القاسم: وقد اختلف عن مالك في هذا وإني أرى أن لا حد عليه إلا أن يقول: يا ابن الأسود، فإن لم يكن في آبائه أسود فعليه الحد. فأما أن نسبه إلى حبشي فيقول له: يا ابن الحبشي وهو بربري فالحبشي والرومي في هذا سواء إذا كان بربرياً. ابن يونس: وسواء قال يا حبشي أو يا ابن الحبشي والرومي أو يا ابن الرومي فإنه لا يحد، وكذلك عنه في كتاب محمد. انتهى ما ينبغي أن تكون به الفتوى على طريقة ابن يونس فانظره أنت **(إن لم يكن من العرب)** من المدونة: من قال لعربي: يا حبشي أو يا فارسي أو يا رومي فعليه الحد لأن العرب تنسب إلى آبائها وهذا نفي لها من آبائها **(أو قال مولى لغيره: أنا خير منك)** ابن شعبان: إن قال مولى لغيره:

أَوْ مَا لَكَ أَصْلٌ وَلاَ فَصْلٌ أَوْ قَالَ لِجَمَاعَةٍ: أَحَدُكُمْ زَانٍ، وَحُدَّ فِي مَأْبُونٍ، إِنْ كَانَ لاَ يَتَأَنَّثُ،

مروان عبد الملك عن طريف القرطبي: المشهور قحب الشيء قحاباً سعل ومنه سعال قاحب، وقحب الكلب والبعير سعلاً. وأصل القحاب فساد الجوف فقد يكون اشتقاق القحبة من القحاب الذي هو فساد الجوف، وقد يكون أيضاً من القحاب الذي هو السعال كأنها تستعمل السعال علامة بينها وبين الذي يسافحها، وأهل اليمن يسمون المرأة المسنة قحبة انتهى. ص: **(أو ما لك أصل ولا فصل)** ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في سماع أبي زيد من كتاب القذف: وقال يعني ابن القاسم: من قال لرجل في مشاتمة ما أعرف أباك وهو يعرفه ضرب الحد ثمانين. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأنه قد يكون أبوه هو الذي يعرفه فقد قطع نسبه ونفاه عنه انتهى. وذكره في النوادر وقال بعده: ومن كتاب ابن المواز قال مالك، فيمن قال لرجل ما أعرف أباك: فما أنكر ما قال فليرفعه إلى السلطان. قال محمد: ولو قال ما يعرف أبوك الحد انتهى. وانظر ما معنى قوله «فما أنكر ما قال» ولعله يعني أنه قال ما أردت بذلك قذفاً ولكنني لا أعرف أباه حقيقة. سئلت عن رجل قال لشريف ما أنت شريف وأنا سمعت جدك يقول ما أنا شريف، فأظهر المدعي مثبوتاً بالشرف. فأجبت بأني لا أعرف فيها نصاً، والذي يظهر أنه إذا لم يكن الرجل معروفاً بالشرف ولم يكن علم بثبوت شرفه وقال ما قال متعمداً على ما سمع من جده، فإنه لا حد عليه ويحلف بالله أنه لم يعلم بذلك. وكان الجواب في مجلس القاضي باللسان ووافق على ذلك من حضر وأسقط المدعي حقه من اليمين واصطلحوا والله الموفق. وهذا يشبه ما ذكر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب القذف في رجل تزوج شريفة مشهورة بالشرف فوقع بينهما منازعة، فقيل له على وجه النصح تفعل هذا بشريفة من أهل رسول الله ﷺ؟ فقال الزوج: هي شريفة بالنسب وأنا شريف بالحسب وأنا أحسن منها، وأبي أحسن من أبيها، وجدي أحسن من جدها، وبلدي أحسن من بلدها، وقامت البينة عليه بمقالته واعترف في مجلس الحكم بذلك. فسئل عما أراد بقوله فقال: إن أبي كان خطيباً وجدي كان خطيباً وأبوها وجدها ليسا كذلك، إنه لا يقتل ويؤدب. وموجب القياس أن قوله «جدي أحسن من جدك» يوجب ظاهره قتل قائله لاشتماله على التنقيص الموجب لذلك، لكن يوجب إلغاء إيجابه لذلك لاحتمال صدق لفظه على جد لا يوجب صدقه عليه مثله، والاحتمال في النازلة المذكورة فيما بينه من

أنا خير منك حد **(أما ما لك أصل ولا فصل)** الباجي: من قال لرجل: ليس لك أصل ولا فصل ففي الموازية لا حد عليه. وقال أصبغ: فيه الحد وجاء القول الأول أن هذا اللفظ قد يستعمل على غير وجه القذف وإنما يراد به أن ينسب إلى الضعة والخمول **(أو قال لجماعة: أحدكم زان)** في الموازية: من قال لجماعة: أحدكم زان أو ابن زانية لم يحد إذ لا يعرف من أراد ولو قام به جماعتهم **(وحد في مأبون إن كان لا يتأنث)** الذي نقل ابن يونس أن لمن قيل له: يا مأبون وهو رجل في كلامه تأنيث يضرب

وَفِي يَا ٱبْنَ النَّصْرَانِيِّ، أَوْ الأَزْرَقِ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي آبَائِهِ كَذَلِكَ، وَفِي مُخَنَّثٍ، إِنْ لَمْ يَحْلفْ، وأُدِّبَ

خطابة جده دون جدها إن كان في قوله ذلك صادقاً فدليل أدبه واضح فلا يحتاج إلى بيان انتهى.

فائدة: أول ما حدث تمييز الأشراف بالشطبة الخضراء في سنة ثلاث وسبعين وستمائة، أمر بذلك السلطان الأشرف شعبان. ذكر ذلك ابن حجر في الأنباء، ونقله عنه السخاوي في مسألة الأشراف له قال: وأنشد في ذلك أبو عبد الله بن جابر:

جعلوا لأبناء الرسول علامة ... إن العلامة شأن من لم يشهر

نور النبوة في كريم وجوههم ... يغني الشريف عن الطراز الأخضر

وقال غيره:

أطراف تيجان أتت من سندس ... خضر بإعلام على الأشراف

والأشرف السلطان خصهم بها ... شرفاً لتعرفهم من الأطراف

وذكر ابن حجر أنها كانت علامة بني العباس شطبة سوداء ثم تركت والله أعلم.

ص: **(وفي يا ابن النصراني أو الأزرق إن لم يكن في آبائه كذلك)** ش: يعني أن من قال لرجل مسلم يا ابن النصراني أو يا ابن اليهودي أو يا ابن المجوسي فإنه يحد إلا أن يكون في آبائه أحد كذلك فإنه لا حد عليه ولكن ينكل. قاله في المدونة في آخر كتاب القذف ولم يذكر الشارح ولا المصنف في التوضيح أنه ينكل إذا كان في آبائه أحد كذلك وذلك لوضوحه، ولكن يتعين ذكره لئلا يتوهم أنه لا أدب عليه. وقد قال في المدونة: ومن قذف عبداً أو أم ولد أدب، ومن قذف ذمياً زجر عن أذى الناس كلهم، ومن قذف نصرانية ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم نكل بإذاية المسلمين. قال أبو الحسن: انظر هل راعى حق النصرانية أو إنما راعى إذاية المسلمين فيزاد في النكال لحق المسلمين انتهى. وانظر كلامه في باب اللعان فإنه جزم بأنه إذا كان لها ولد مسلم ينكل نكالاً أشد من نكال من لا ولد لها ولا زوجة. ثم قال في المدونة: والنكال قدر ما يرى الإمام وحالات الناس في ذلك مختلفة. وتقدم عن النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على قاذفه قول مالك فيمن قذف من جلد في زنى لم يحد. قال ابن القاسم: ويؤدب بإذاية المسلمين انتهى. وقال في المدونة: ومن آذى مسلماً أدب. قاله بعد قوله «ومن قال لرجل يا ابن الأقطع». ص: **(وأدب في يا ابن الفاسقة**

الكبر ويلعب في الأعراس ويغني ويتهم بما قيل فما يخرجه من الحد إلا أن يحقق ذلك **(وفي يا ابن النصرانية أو الأزرق إن لم يكن في آبائه كذلك)** من المدونة: قال لرجل: يا ابن الأقطع أو الأزرق فإن لم يكن أحد من آبائه كذلك جلد الحد. وإن قال له: يا ابن اليهودي حد إلا أن يكون أحد من آبائه كذلك فينكل **(وفي مخنث إن لم يحلف)** من المدونة: من قال لرجل: يا مخنث حد إلا أن

فِي: يَا ٱبْنَ الْفَاسِقَةِ، أَوْ الفَاجِرَةِ، أَوْ حِمَارُ يَا ٱبْنَ الْحِمَارِ، أَوْ أَنَا عَفِيفٌ، أَو إِنَّك عَفِيفَةٌ، أَو يَا فَاسِقُ،

إلى آخره) ش: ومثل ذلك يا خائن يا ثور يا آكل الربا يا شارب الخمر يا يهودي يا نصراني يا مجوسي أو يا سارق يا مرائي. قاله في المسائل الملقوطة. وقال في النوادر: إذا قال له يا آكل الربا أو يا شارب الخمر ونحوه فإنه يؤدب وإن كان صادقاً ولا حد عليه في ذلك وإن كان كاذباً انتهى.

فائدة: تتضمن بيان مقدار الأدب في ألفاظ وأفعال موجبة للأدب. قال في المسائل الملقوطة: قال في المفيد: ومن قال لرجل يا مجرم ضرب خمسة وعشرين، ومن تكلم في عالم بما لا يجب فيه حد ضرب أربعين سوطاً، ومن تكلم في أحد بما لا يمكن فيه ولم يأت ببينة وكل من آذى مسلماً بلفظ يضره ويقصد به أذاه فعليه في ذلك الأدب البالغ الرادع له، ولمثله يقنع رأسه بالسوط أو يضرب بالدرة ظهره وذلك على قدر القائل أو سفاهته وقدر المقول فيه، ومن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم انتهى. ثم قال: وإذا قال الرجل لصاحبه «الله أكبر عليك» فإنه يعزر إلا أن يعفو عنه خصمه. قاله في الدرر الملتقطة للدميري. وهذا من الشافعية. ثم قال: وإذا شتم الأخ أخاه فإن كان الأخ كبيراً وكان شتمه لأخيه على وجه الأدب لم يحد من الطرر. قال: ورأيت في بعض الكتب: سئل بعضهم عن شاتم عمه أو

يحلف أنه لم يرد قذفاً فإن حلف أدب ولم يحد. (**وأدب في يا ابن الفاسقة ويا ابن الفاجرة أو يا حمار يا ابن الحمار**) من المدونة: من قال لرجل: يا ابن الفاسقة أو يا ابن الفاجرة فعليه في ذلك النكال، ومن قال لرجل: يا حمار أو يا ابن الحمار فعليه النكال، ومن قال لرجل: يا سارق على وجه المشاتمة نكل، وإن قذفه ببهيمة أدب أدباً موجعاً ولم يحد إذ لا يحد من أتى البهيمة. ومن ابن سلمون: من قال لآخر: يا كلب أو يا ثور فإن ذلك من الأذى وعليه الأدب، وكذلك إن قال له: يا خنزير فعليه الأدب على ما يراه السلطان إلا أن يكون القائل ما لا يعرف بالأذى وإنما هي زلة أو فلتة فلا بأس أن يقال. وإذا شهد على رجل أنه يؤذي الناس بلسانه حبس ثلاثة أيام ويؤدب على قدر جرمه، وإن زاد شره أمر بالكف عن الجيران وإلا أكريت داره عليه. عياض: كان ابن يعيش صليباً في الحق من أهل التقدم في العلم والفتيا، أفتى في رجل يصيب بعينه بإلزامه داره قياساً على الإبل الصائلة والماشية العادية أنها تغرب حتى لا يتأذى الناس بها (**أو أنا عفيف أو إنك عفيفة**) في الموازية: إن قال رجل لرجل في مشاتمة: إني لعفيف الفرج وما أنا بزان حد. ابن عرفة: فقيد الحد في قوله: ما أنا بزان بكونه في مشاتمة، وقيده ابن شاس بقوله: أما أنا. وفي المدونة: من قال لرجل: ما أنا بزان حد. ولم يقيدها الصقلي بشيء. وفي الموطأ: تقييده بالمسابة. وقال ابن الماجشون: من قال لامرأته في مشاتمة: إني لعفيف حد، ولو قاله لرجل حد إلا أن يدعي أنه أراد عفيفاً في المكسب والمطعم فيحلف ولا يحد وينكل. ومن قال في مشاتمته: إنك لعفيف الفرج حد. وروى ابن وهب: من قال لرجل: يا ابن العفيفة حلف ما أراد قذفاً وعوقب. أصبغ: إن كان على وجه المشاتمة حد (**أو يا فاسق أو يا**

أَو يَا فَاجِرُ، وَإِنْ قَالَتْ: «بِكَ» جَوَاباً «لِزَنَيْتِ» حُدَّتْ لِلزِّنَا وَالْقَذْفِ،

خاله فقال: لا أرى عليه في ذلك شيئاً وذلك إذا كان على وجه الأدب انتهى. والمسألة في سماع ابن القاسم ونقلها ابن عرفة فراجعها في كتاب القذف. وقال في المسائل الملقوطة عن المفيد أيضاً: ومن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ويسجن شهراً، ومن خالف ما حكم به القاضي ولم يرض بالحكم عوقب إلا أن يتبين الجور، ومن خالف أميراً أو كسر دعوته لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الإمام، ومن استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين، وإذا ارتفع الكلام بين الخصمين في مجلس القاضي ضرب كل واحد عشرة أسواط، ومن سرق من الغنيمة دون النصاب ضرب خمسين، ومن تغامز مع أجنبية أو تضاحك معها ضرباً عشرين عشرين إذا كانت طائعة، فإن قبلها طائعة ضرباً خمسين، وإن لم تطعه ضرب وحده خمسين. ومن حبس امرأة ضرب أربعين، فإن طاوعته ضربت مثله. ومن أتى بهيمة ضرب مائة، ومن سل سيفاً على وجه القتال ضرب أربعين وكان السيف فيئاً. وقيل: يقتل إن سله على وجه الحرابة. ومن سل سكيناً في جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط. ثم قال: ومن سل سيفاً على وجه المزاح في جماعة يهددهم به فقد أحفى ويضرب عشرين سوطاً انتهى. وانظر هل هو مخالف لما قاله في السكين أم لا وهذا الظاهر. وانظر البيان فيمن قال لرجل يا كلب في رسم الأشربة من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه بيان ذي الهيئة، وفي الرسم الذي بعده مسألة قوله كذبت وأثمت. وذكر ذلك في النوادر في كتاب القذف وابن فرحون في الفصل الحادي والعشرين من القسم الثالث والله أعلم. وانظر شتم المؤدب والقاضي والشيخ في كتاب الإجارة لابن عرفة والبرزلي في الكلام على تقسيم الأولاد. ص: **(وإن قالت بك جواباً لزنيت حدت للزنا والقذف)** ش: قال في المدّونة: ومن قال لامرأة يا زانية فقالت بك حدت للزنا والقذف إلا أن ترجع عن الزنا فتحد للقذف فقط ولا يحد الرجل لأنها صدقته انتهى. قال أبو الحسن: معناه أن المرأة أجنبية. وقد ذكر ابن رشد المسألة في سماع عيسى في رسم حلف من كتاب القذف وحرر القول فيها، وإن قول ابن القاسم أنه من الأجنبية إقرار بالزنا فتحد له إلا أن ترجع، وقذف للرجل فتحد له ولا يقبل قولها أنها لم تقصد القذف وإنما قصدت المجاوبة خلافاً لأشهب، وأما الزوجة فلا يكون إقراراً منها بالزنا ولا قذفاً للزوج لاحتمال أن تريد بذلك إصابة النكاح وذكر في كل منهما خلافاً. قال: وقول ابن القاسم أظهر والله أعلم. ونسب الشارح في الكبير مسألة الزوجة للمدّونة وليست فيها، ولعل في نسخته «لامرأته» بزيادة الهاء وليس كذلك في النسخ الصحيحة وهو الذي يفهم من كلام أبي الحسن. وعلى ما في نسخته مشى في شامله فجعل الأصح أن الزوجة كغيرها وليس كذلك.

فاجر) من المدونة: من قال لرجل يا فاسق أو يا فاجر فعليه في ذلك النكال **(وإن قالت بك جواباً لزنيت حدت للزنا والقذف)** اللخمي: من قال لامرأة يا زانية فقالت: بك زنيت فقال مالك: تحد

وَلَهُ، حَدُّ أَبِيهِ وَفُسِّقَ، وَالقِيَامُ بِهِ: وَإِنْ عَلِمَهُ مِنْ نَفْسِهِ:

فرع: قال في المدونة: ومن قال عند الإمام أو عند غيره زنيت بفلانة؛ فإن أقام على قوله حد للزنا والقذف، وإن رجع عن ذلك حد للقذف وسقط عنه حد الزنا. وسيأتي عند قول المصنف «والعفو قبل الإمام في حد الإمام له للقذف هل هو إذا طلبه المقذوف أو ولو لم يطلبه».

مسألة: قال القرطبي في سورة النور: قال ابن القصار: إذا قالت امرأة لزوجها أو لأجنبي يا زانية بالهاء وكذلك الأجنبي للأجنبي فلست أعرف فيه نصاً لأصحابنا، ولكنه عندي يكون قذفاً وعلى قائله الحد وقد زاد حرفاً وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن. وقال أبو حنيفة أبو يوسف: لا يكون قذفاً. واتفقوا على أنه إذا قال لامرأة يا زان أنه قذف، والدليل على أنه يكون في الرجل هو أن الخطاب إذا فهم منه معناه ثبت حكمه، سواء كان بلفظ أعجمي أو عربي. ألا ترى أنه لو قال لامرأة زنيت ـ بفتح التاء ـ كان قذفاً لأن معناه يفهم منه. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لما جاز أن يخاطب المؤنث بخطاب المذكر كقوله تعالى ﴿وقال نسوة﴾ [يوسف: ٣٠] صلح أن يكون قوله «يا زان» للمؤنث قذفاً، ولما لم يجز أن يؤنث فعل المذكر إذا تقدم عليه لم يكن لخطابه بالمؤنث حكم والله أعلم انتهى. وهي المسألة الثامنة عشر من تفسير ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ [النور: ٤] . ص: **(وله حد أبيه وفسق)** ش: هذا القول عزاه ابن رشد في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من الأقضية لرواية أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات ونصه: وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات أنه يقضي له أن يحلفه وأن يحده ويكون عاقاً بذلك ولا يعذر بجهل وهو بعيد لأن العقوق من الكبائر، ولا ينبغي أن يمكن أحد من ذلك. وقال قبل هذا الكلام: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وسحنون: إنه لا يقضى له بتحليفه أيضاً ولا يمكن من ذلك ولا من أن يحده في حد يقع له عليه لأنه من العقوق. وهو مذهب مالك في المدونة في اليمين في كتاب الديات وفي الحد في كتاب القذف وهو أظهر الأقوال. وقال في هذا الرسم: إن مالكاً كره لمن بينه وبين أبيه خصومة أن يحلفه. فقال ابن رشد: هذا يدل على قوله على أن له أن يكون له عاقاً بتحليفه إذ لا مأثم في فعل المكروه وإنما يستحب تركه، وهو قول ابن الماجشون في اليمانية، وظاهره قول أصبغ في المبسوط انتهى. فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال. وقد ذكر الشيخ في باب التفليس أنه ليس له أن يحلف إياه إلا المنقلبة والمتعلقة بها حق لغيره فمشى هناك على مذهب المدونة، ومشى هنا على القول الضعيف. وقد استثنى ابن رشد أيضاً المنقلبة والمتعلقة بها حق للغير وإخراجها من الخلاف والله أعلم. ص: **(والقيام به وإن علمه من نفسه)**

للرجل للقذف وللزنا ولا يحد لها لأنها صدقته **(وله حد أبيه وفسق)** من المدونة: من قذف ولده أو ولد ابنته فقد استثقل مالك أن يحد لولده. ابن القاسم: إن قام بحقه حد له. زاد في الموازية: ولا تقبل

كَوَارِثِهِ، وَإِنْ بَعْدَ مَوْتِهِ مَنْ وَلَدٍ وَوَلَدِهِ، وَأَبٍ، وَأَبِيهِ، وَلِكُلٍّ القِيَامُ. وَإِنْ حَصَلَ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ وَالعَفْوُ قَبْلَ الإِمَامِ، أَوْ بَعْدَهُ، إِنْ أَرَادَ سِتْراً، وَإِنْ حَصَلَ فِي الحَدِّ ٱبْتُدِىءَ لَهُمَا، إِلاَّ أَنْ يَبْقَى يَسِيرٌ، فَيُكَمَّلُ الأَوَّلُ.

ش: يعني أن الإنسان يجوز له أن يقوم بالقذف على من قذفه وإن علم من نفسه أن ما قذفه به صحيح وأنه فعله صوناً لعرضه وستراً على نفسه. قال في المدوّنة في كتاب القذف: وإن علم المقذوف من نفسه أنه قد زنى فحلال له أن يحده انتهى.

فرع: قال في المدّونة قبل الكلام السابق: ومن قذف رجلاً بالزنا فعليه الحد، وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزان انتهى. وخالف في ذلك الشافعية وقالوا: له أن يحلفه، فإن نكل سقط الحد عن القاذف ولم يلزم المقذوف شيء. ووافقونا على أنه لا تلزمه اليمين إذا ادعى عليه بالزنا والله أعلم. ص: **(كوارثه)** ش:.

فرع: لو لم يعلم المقذوف بقاذفه حتى مات قام بذلك وارثه إلا أن يمضي من الزمان ما يرى أنه تارك فلا قيام للوارث فيه. قاله في كتاب الرجم من المدّونة. ص: **(والعفو قبل الإمام)** ش: وهذا بخلاف التعازير فإنه يجوز فيها الشفاعة والعفو وإن بلغ الإمام كما تقدم في كلام صاحب الإكمال والله أعلم.

شهادة الولد. **(والقيام به)** ابن رشد: لا خلاف أن القذف حق للمقذوف. واختلف هل يتعلق به حق لله، ثالث الأقوال أنه حق للمقذوف ما لم يبلغ الإمام، فإذا بلغه صار حقاً لله ولم يجز لصاحبه العفو عنه إلا أن يريد ستراً وهو أحد قولي مالك **(وإن علمه من نفسه)** من المدونة: إن علم المقذوف من نفسه أنه كان قد زنا بحلال له أن يحد من قال له: إنك قد زنيت **(كوارثه)** اللخمي: إن مات المقذوف وقد عفا فلا قيام لوارثه، وإن أوصى بالقيام به لوارثه لم يكن لوارثه عفو، فإن لم يعف فالحق لورثة العاصب **(وإن قذف بعد الموت من ولد وولده)** من المدونة: من قذف ميتاً فلولده وإن سفل وأبيه وإن علا القيام بذلك، ومن قام منهم أخذه بحده وإن كان ثم من هو أقرب منه لأن عيب. وليس للإخوة وسائر العصبة مع هؤلاء قيام، فإن لم يكن مع هؤلاء واحد فللعصبة القيام **(ولكل القيام به وإن حصل هذا الأقرب)** تقدم نصف المدونة: لولده القيام وإن سفل ولأبيه وإن علا ومن قام منهم أخذه وإن كان ثم من هو أقرب منه **(والعفو قبل الإمام أو بعده إن أراد ستراً)** تقدم قول مالك: إن القذف إذا بلغ الإمام لم يجز عفو إلا أن يريد ستراً **(وإن قذف في الحد ابتدىء لهما)** تقدم نص المدونة عند قوله: «إلا بعده» **(إلا أن يبقى يسيراً فيكمل الأول)** في الموازية: إن جلد للأول شيئاً ثم قذف آخر استؤنف الحد، وإن بقي مثل عشرة أسواط أو خمسة عشر فليتم الحد ثم يؤتنف الحد الثاني. ابن شاس: الجناية الخامسة السرقة والنظر في ثلاثة أطراف: الأول في الموجب وهو السرقة ولها ثلاثة أركان: المسروق ونفس السرقة وهي الإخراج. الركن الثالث السارق. الطرف الثاني في العقوبة والغرم. الطرف الثالث في حكم هذه العقوبة.

باب السرقة

تُقْطَعُ الْيُمْنَى، وَتُحْسَمُ بِالنَّارِ،

فروع: الأوّل: لا خلاف في جواز عفو الابن عن أبيه بعد بلوغ الإمام وكذلك عن جده لأبيه. انظر اللخمي والتوضيح.

الثاني: قال في كتاب الرجم من المدّونة: ومن عفا عن قاذفه لم يكن لغيره أن يقوم بحده، وإن رفع القاذف إلى الإمام أجنبي غير المقذوف لم يمكن من ذلك ولا يحد به لأن هذا لا يقوم به عند الإمام إلا صاحبه انتهى. وقال في كتاب القذف: ولا يقوم بالحد إلا المقذوف. وإن شهد قوم على رجل أنه قذف فلاناً وفلان يكذبهم ويقول ما قذفني لم تجز شهادتهم إلا أن يكون المقذوف هو الذي أتى بهم وادعى ذلك ثم أكذبهم بعد أن شهدوا عند السلطان وقال ما قذفني، فإنه حد وجب لا يزيله هذا بمنزلة عفوه عنه ويضرب القاذف الحد انتهى. ثم قال في المدّونة: وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بزور درأ الحد انتهى.

الثالث: إن قذف رجل رجلاً غائباً بحضرة الإمام ومعه شهود قال في كتاب القطع من المدونة: أقام الإمام عليه الحد. فتأوله ابن المواز على أنه يقيمه بعد طلب المقذوف، وتأوله ابن حبيب على أنه يقيمه في غيبته. انظر المقدمات وابن عرفة وأبا الحسن الصغير في كتاب القذف في مسألة سماع الإمام القذف قال: وتأويل ابن المواز أحسن والله أعلم.

الرابع: قال في المدونة: ومن صالح من قذف على شقص أو مال لم يجز ورد ولا شفعة فيه، بلغ الإمام أم لا. انظر أبا الحسن وجعله من باب الأخذ على العرض مالاً.

باب

ص: (تقطع اليمنى وتحسم بالنار) ش: هذا يسمى باب السرقة. قال في التوضيح: والسرقة أخذ المال خفية من غير أن يؤتمن عليه ولا خفاء في أنه غير جامع لخروج سرقة غير المال. وقال ابن عرفة: السرقة أخذ مكلف حر لا يعقل لصغره أو مالاً محترماً لغيره نصاباً أخرجه من حرز بقصد وأخذ خفية لا شبهة له فيه، فيخرج أخذ غير الأسير مال حربي، وما اجتمع بتعدد إخراج وقصد، والأب مال ولده، والمضطر في المجاعة انتهى. وقوله «وتحسم

باب

(تقطع اليمنى وتحسم بالنار) ابن الحاجب: تقطع اليمنى من الكوع وتحسم بالنار. قال مالك: تقطع يد السارق ثم يحسم موضع القطع بالنار، وكذا في الرجل، وفي اليد من مفصل الكوع، وفي الرجل من مفصل الكعبين. ابن اللبي: كان الشيخ يقول: على من قطعت يده بحق مداواتها بخلاف

إِلاَّ لِشَلَلٍ، أَوْ نَقصِ أَكْثَرِ الأَصَابِعِ، فَرِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَمَحَا لِيَدِهِ الْيُسْرى، ثُمَّ يَدُهُ، ثُمَّ رِجْلُهُ، ثُمَّ عُزِّرَ وَحُبِسَ، وَإِنْ تَعَمَّدَ إِمَامٌ، أَوْ غَيْرُهُ يُسرَاهُ أَوَّلاً، فَالْقَوَدُ، والْحَدُّ بَاقٍ، وَخَطَأً أَجزَأَ، فَرِجْلُهُ الْيُمْنَى، بِسَرِقَةِ طِفْلٍ مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ أَوْ رُبُعِ دِينَارٍ، أَوْ ثَلاَثَةِ دَرَاهِمَ

بالنار» انظر هل الحسم بالنار واجب على الإمام أو المقطوعة يده؟ والظاهر أنه يجب عليهما. وقد صرح الأبيّ عن ابن عرفة أنه يجب على المقطوعة يده بحق المداواة ونصه في شرح مسلم في شرح حديث من قتل نفسه من كتاب الإيمان. قال ابن عرفة: من قطعت يده بحق لا يجوز له ترك المداواة، وإن تركها حتى مات فهو من معنى قتل النفس بخلاف من قطعت يده ظلماً فله ترك المداواة حتى يموت وإثمه على قاطعه انتهى. وانظر لو ترك الإمام الحسم حيث يجب عليه والظاهر أنه آثم إن تعمد والله أعلم. ص: **(إلا لشلل)** ش: ظاهره ولو كان ينتفع بها وهو كذلك لابن وهب كما نقله في التوضيح لكن ينبغي أن يقيد ذلك بأن يكون شللاً بيناً، وأما لو كان شللاً خفيفاً فإنه لا يمنع القطع. قال ابن عرفة: الباجي: إن كانت يمناه شلاء ففي الموازية إن كان الشلل بيناً لا يقتص منه لم يقطع اللخمي. قال ابن وهب في مختصر ما ليس في المختصر: تقطع إن كان ينتفع بها انتهى.

من قطعت يده ظلماً هو في سعة من ترك التداوي **(إلا لشلل أو نقص أكثر الأصابع فرجله اليسرى ومحا ليده اليسرى)** من المدونة: إن سرق ولا يمين له وله يمين شلاء قطعت رجله اليسرى. قاله مالك. ثم عرضتها عليه فمحاها وقال: تقطع يده اليسرى. وقوله في الرجل اليسرى أحب إليّ وبه أقول. ومن المدونة: من سرق وقد ذهب من يمناه أصبع قطعت، وإن لم يبق منها إلا أصبع أو أصبعان قطعت يده اليسرى **(ثم يده ثم رجله)** من المدونة: من سرق مرة بعد مرة قطعت يده اليمنى، ثم إن سرق قطعت رجله اليسرى. ثم يده اليسرى ثم رجله اليمنى **(ثم عزر وحبس)** من المدونة: من سرق ولا يدين له ولا رجلين لم يقطع منه شيء لكن يضرب ويحبس ويضمن السرقة إن كان معدماً **(وإن تعمد إمام أو غيره يسراه أولاً فالقـود والحد باق وإن خطأ أجزأ فرجله اليمنى)** ابن الحاجب: لو قطع الجلاد أو الإمام اليسرى عمداً فله القصاص والحد باقٍ وخطأ فيجزىء فإن عاد قطعت رجله اليمنى عند ابن القاسم **(بسرقة طفل من حرز مثله)** ابن شاس: الركن الأول المسروق ثم قال: وهو مال وغير مال. فأما غير المال فهو الحر الصغير، وأما المال فشرطه أن يكون نصاباً مملوكاً لغير السارق ملكاً محترماً تاماً محترزاً لا شبهة فيه. فهذه ستة شروط: الأول النصاب ربع دينار أو ثلاثة دراهم. من المدونة: من سرق صبياً حراً أو عبداً من حرزه قطع، وإن سرق عبداً كبيراً فصيحاً لم يقطع، وإن كان أعجمياً قطع. وروى ابن وهب: حرز الصبي أن يكون في دار أهله. محمد: وكذلك إذا كان معه من يخدمه ويحفظه **(أو بربع دينار أو ثلاثة دراهم)** ابن رشد: في حد النصاب عشرة أقوال أصحها قول مالك: إنه لا تقطع يد من سرق أقل من ربع دينار من الذهب وإن كان ذلك أكثر من ثلاثة دراهم، ولا من

خَالِصَةٍ، أَوْ مَا يُسَاوِيهَا بِالْبَلَدِ شَرْعاً، وَإِنْ كَمَاءٍ أَوْ رِيحٍ لِتَعْلِيمِهِ، أَوْ جِلْدِهِ بَعْدَ ذَبْحِهِ، أَوْ جِلْدِ مَيْتَةٍ، إِنْ زَادَ دَبْغُهُ نِصَاباً، أَوْ ظَنَّا فُلُوساً، أَوْ الثَّوْبَ فَارِغاً،

تنبيه: انظر قول اللخمي «ولو كان أعسر قطعت يده اليسرى مع وجود اليمنى لأنها التي سرقت» فإنه غريب ولم أقف عليه لغيره، ونقله ابن غازي ولم يتعقبه ابن عرفة ولا المصنف في التوضيح. ص: **(أو جارحاً لتعليمه)** ش: يريد غير الكلب لأن الكلب لا يقطع سارقه ولو كان

سرق أقل من ثلاثة دراهم كيلاً وإن كان ذلك أكثر من ربع دينار **(خالصة)** ابن رشد: وسواء كان الذهب والفضة طيبين أو دنيين إلا أن يكونا مغشوشين بالنحاس فلا يقطع في النصاب منهما إلا أن يكون النحاس الذي فيهما تافهاً يسيراً لا قدر له **(أو مساويها)** من المدونة: إنما تقوم الأشياء كلها بالدراهم فمن سرق عرضاً قيمته ثلاثة دراهم قطعه وإن لم يساو من الذهب ربع دينار، ولو ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع وصرف الدينار في حد القطع والدية اثنا عشر درهماً ارتفع الصرف أو انخفض **(بالبلد)** ابن رشد: لا تقوم السرقة إلا بالدراهم، كان البلد يجري فيه الدنانير والدراهم أو لا يجري فيه أحدهما وإنما يتعامل الناس فيه بالعروض. وما حكاه عبد الحق أن من سرق عرضاً في بلد لا يتعامل الناس فيه إلا بالعروض فإنه يقوم في أقرب البلدان إليه التي يتعامل فيها بالدراهم فخطأ صراح لا يصح **(شرعاً)** ابن عرفة: المعتبر في المقوم منفعته المباحة. في الموازية: من سرق حماماً عرف بالسبق أو طائراً عرف بالإجابة إذا دعي فأحب إلي أن لا يراعى إلا قيمته على أنه ليس فيه ذلك لأن ذلك من اللعب والباطل. ابن عرفة: والأظهر في الطيور المتخذة لسماع أصواتها لغو حسن أصوات في تقويمها انتهى. انظر هل هذا فرع جواز سجنها لذلك، وكان سيدي ابن سراج رحمه الله يتوقف في ذلك. ومن نوازل البرزلي في خصاء الغنم للسمن والبقر للحرث جائز كما لم يمنع الأطفال من اللعب بالحيوان. وقال ﷺ: يا أبا عمير ما فعل البعير، وكره خصاء الخيل وحرم خصاء الآدمي **(وإن كماء)** في الموازية: يقطع في كل شيء حتى الماء إذا أخذ لوضوء أو شرب أو غيره. **(أو جارح لتعلمه أو جلده بعد ذبحه)** من المدونة: من سرق شيئاً من سباع الطير بازاً أو غيره قطع، وكذلك غير سباعه لأن الجميع يؤكل وأما سباع الوحش التي لا تؤكل لحومها فإن كان في قيمة جلودها إذا زكيت دون أن تدبغ ثلاثة دراهم قطع. قال محمد: إذا سرق من سباع الطير المعلمة فلينظر إلى قيمتها على ما فيها من ذلك. وقال أشهب: إنه يقوم ذلك كله بغير ما فيه من ذلك كان بازاً معلماً أو غيره، وهو نحو قول مالك في أداء المحرم إياه إذا قتله. قال في الموازية: ومن سرق كلباً صائداً أو غير صائد لم يقطع. لأن النبي ﷺ حرم ثمنه. انتهى نقل ابن يونس. اللخمي: إن كان القصد من الحمام ليأتي بالأخبار لا اللعب قوم على ما علم فيه من الموضع الذي يبلغه ويبلغ المكاتبة إليه. ابن عرفة: هذا دليل تعليل محمد إن كان بازاً أو طيراً معلماً يقوم على ما هو عليه من التعليم لأنه ليس من الباطل **(أو جلد ميتة إن زاد دبغه نصاباً)** الباجي: لا قطع في جلد ميتة لم يدبغ وأما المدبوغ فقيل: إن كان قيمة ما فيه من الصنعة ثلاثة دراهم قطع. ابن عرفة: هذا هو قول المدونة **(إن ظنها فلوساً أو الثوب فارغاً)** ابن الحاجب: إن سرق دنانير ظنها فلوساً أو ثوباً دون النصاب فيه دراهم

أَوْ شَرِكَةِ صَبِيٍّ، لاَ أَبٍ، وَلاَ طَيْرٍ لإِجَابَتِهِ، وَلاَ إِنْ تَكَمَّلَ بِمَرَارٍ فِي لَيْلَةٍ، أَوْ اشْتَرَكَا فِي حَمْلٍ، إِنْ اسْتَقَلَّ كُلٌّ، وَلَمْ يَنُبْهُ نِصَابٌ بِمِلْكِ غَيْرٍ، وَلَوْ كَذَّبَهُ رَبُّهُ، أَوْ أَخَذَ لَيْلاً وَادَّعَى الإِرْسَالَ، وَصُدِّقَ إِنْ أَشْبَهَ، لاَ مِلْكِهِ مِنْ مُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأْجِرٍ كَمِلْكِهِ قَبْلَ خُرُوجِهِ،

مأذوناً في اتخاذه كما سيصرح بذلك المصنف ص: **(لا إن تكمل بمرار في ليلة)** ش: هذا قول ابن القاسم في سماع أبي زيد في السارق يدخل البيت في ليلة عشر مرات يخرج في كل مرة بقيمة درهم أو درهمين أنه لا قطع عليه حتى يخرج في مرة واحدة بقيمة ثلاثة دراهم خلافاً لسحنون فإنه قال: يقطع إذا اجتمع مما خرج به ما يجب فيه القطع إذا كان ذلك في فور واحد. قال ابن رشد: فلم يصدقه سحنون في أنها سرقات مفترقات إذا كانت في فور واحد وصدقه ابن القاسم. وقوله «أولى» لأن الحدود تدرأ بالشبهات قال: وهذا فيما يحتمل أن يكون عاد فيه لسرقة أخرى، وأما مثل القمح وشبهه من المتاع الذي يجده مجتمعاً ولا يقدر أن يخرجه في مرة واحدة فينقله شيئاً فشيئاً، فهذه سرقة واحدة لأنه إنما خرج بنية العود فلا

قطع بخلاف خشبة أو حجر فيه ذلك. وفي مختصر الوقار قال مالك: أما الثوب وشبهه مما يعلم أن ذلك يدفع في مثله فإنه يقطع، ولو سرق شيئاً لا يدفع ذلك فيه كالحجر والخشبة لم يقطع إلا في قيمة ذلك دون ما رفع فيه من ذهب أو فضة **(أو شركة صبي لا أب)** من المدونة: إن سرق رجل مع صبي أو مجنون ما قيمته ثلاثة دراهم قطع، وإن سرق مع أبي الولد من مال الولد ما قيمته ثلاثة دراهم لم يقطع واحد منهما **(ولا طير لإجابته)** تقدم النص بهذا عند قوله: «شرعاً» **(ولا إن تكمل بمرار في ليلة)** انظر هذا الإطلاق سمع أشهب في السارق يجد القمح في البيت فينقل منه قليلاً لا يقطع فيه ويجتمع منه ما يجب فيه القطع يقطع. ابن رشد: لأنه لما رأى جميعه قصد أخذ جميعه بقصد واحد، وليس بخلاف لسماع أبي زيد ابن القاسم إن دخل السارق البيت في ليلة واحدة عشرين مرة يخرج في كل مرة ما لا قطع فيه وفي جميعه ما يجب فيه القطع لا يقطع. ابن عرفة: فالخلاف في هذا خلاف في حال **(أو اشتركا في حمل إن استقل كل ولم ينبه نصاب)** اللخمي: إن خرج جميعهم لسرقة حملوها لا يستطاع إخراجها إلا بجماعتهم قطعوا ببلوغها ربع دينار فقط، وإن كانت خفيفة خرج بها جميعهم مع القدرة على أن يخرج بها أحدهم فقال مالك وابن القاسم: لا يقطعون إن كانت قيمتها ثلاثة دراهم فقط. انظر رابعه ترجمة من كتاب السرقة من ابن يونس **(لا إن قال سرقت ملك غير ولو كذبه ربه)** من المدونة: من أقر أنه سرق من فلان شيئاً وكذبه فلان فإنه يقطع بإقراره ويبقى المتاع له إلا أن يدعيه ربه فيأخذه **(أو أخذ ليلاً وادعى الإرسال وصدق إن أشبه)** من المدونة قال مالك: من سرق متاعاً لرجل وقال: إن رب المتاع أرسلني فليقطع، وإن صدقه ربه أنه بعثه كان معه في بلد أو لم يكن. وإن أخذ في جوف الليل ومعه متاع فقال: فلان أرسلني إلى منزله فأخذت له منه هذا المتاع، فإن عرف منه انقطاع إليه وأشبه ما قال: لم يقطع وإلا قطع ولم يصدق **(لا ملكه من مرتهن ومستأجر كملكه قبل خروجه)** ابن شاس: الشرط الثاني أن يكون مملوكاً

مُحْتَرَمٍ، لاَ خَمْرٍ، وَطُنْبُورٍ، إِلاَّ أَنْ يُسَاوِي بَعْدَ كَسْرِهِ نِصَاباً، وَلاَ كَلْبٍ مُطْلَقاً، وَأُضْحِيَّةٍ بَعْدَ ذَبْحِهَا، بِخِلاَفِ لَحْمِهَا مِنْ فَقِيرٍ، تَامِّ الْمِلْكِ، لاَ شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ، وَإِنْ مِنْ بَيْتِ المَالِ، أَوْ الغَنِيمَةِ أَوْ مَالِ شَرِكَةٍ، إِنْ حُجِبَ عَنْهُ، وَسَرَقَ فَوقَ حَقِّهِ نِصَاباً لاَ الجَدِّ، وَلَوْ لأُمٍّ، وَلاَ مِنْ جَاحِدٍ، أَوْ مُمَاطِلٍ

يصدق أنها سرقة أخرى بنية كما قاله في سماع أشهب، فلا ينبغي أن يختلف فيه. انتهى. بالمعنى.

لغير السارق. فلو سرق ملك نفسه من المرتهن أو المستأجر فلا قطع، ولو طرأ الملك بإرث قبل الخروج من الحرز فلا قطع وبعده لا يؤثر. ابن عرفة: هذا نص الغزالي ومقتضى مسائل المذهب تدل على صحته (**محترم لا خمر وطنبور إلا أن يساوي بعد كسره نصاباً**) ابن شاس: الشرط الثالث يعني من شروط المسروق أن يكون محترماً، فلا قطع على سارق الخمر والخنزير ولا على سارق الطنبور من الملاهي والمزامير والعود وشبهه من آلات اللهو إلا أن يكون في قيمة ما يبقى منها بعد إفساد صورتها وإذهاب المنفعة المقصودة بها ربع دينار فأكثر. وروى محمد: لا قطع في خمر ولو سرقة لذمي، إلا أنه يغرم له مع وجيع الأدب. واختلف قول ابن القاسم في الدف والكبر (**ولا كلب مطلقاً**) تقدم النص بهذا عند قوله: «أو جارح» (**أو جارح أو أضحية بعد ذبحها**) أصبغ: إن سرق أضحية قبل ذبحها قطع، وإن سرقها بعد الذبح لم يقطع لأنها لا تباع في فلس ولا تورث إنما تورث لتؤكل (**بخلاف لحمها من فقير**) ابن الحاجب: في الأضحية بعد الذبح قولان بخلاف لحمها ممن تصدق به عليه لأن المتصدق عليه قد ملكها. وانظر هذا فهو فرع جواز بيع المسكين له وهو مختار اللخمي وابن رشد لأكله ﷺ هدية بريرة خلافاً لقول مالك الذي لم ينقل. ابن يونس: خلافه. انظر المنتقى في نقله عن أشهب وتوجيهه (**تام الملك لا شبهة له فيه وإن من بيت المال أو الغنيمة**) ابن شاس: الشرط الرابع يعني من شروط المسروق أن يكون الملك تاماً قوياً، فلو كان للسارق فيه شركة ولم يحجب عنه بل يده جائلة مع شريكه فلا قطع، وأما ما حجب عنه فسرق منه ما زاد على نصيبه من المسروق نصاباً كاملاً فعليه القطع. أما مال بيت المال والمغانم بعد حيازتها فيقطع سارقها وإن لم يزد ما أخذ عن النصاب إذ لا بال لما يستحقه من ذلك انتهى. انظر لو كانت سرية من ثلاثة نفر ونحو ذلك (**أو مال شركة إن حجب عنه وسرق فوق حقه نصاباً**) من المدونة: إن سرق الشريك من متاع الشركة ما قد أغلقا عليه لم يقطع، وإن كان بعد أن أودعاه رجلاً قطع إن كان فيما سرق من حظ شريكه ما قيمته ربع دينار فضلاً عن حصته (**إلا الجد ولو لأم**) اللخمي: لا قطع على أحد الأبوين في سرقته من مال ولده بخلاف العكس على المعروف من المذهب. من المدونة: وكذلك الأجداد من قبل الأم والأب أحب إلي أن لا يقطعوا لأنهم آباء، وإن سرق الابن من مال أبيه قطع (**ولا من جاحد**) من المدونة: إن سرق متاعاً كان قد أودعه رجلاً فجحده إياه، فإن أقام بينة أنه قد استودعه هذا المتاع نفسه لم يقطع (**أو مماطل لحقه**) ابن شاس: لا قطع على مستحق الدين إذا سرق من غريمه المماطل جنس حقه. وقال أبو عمر في كافيه ما نصه: روى ابن القاسم القطع على من سرق من مال غريمه مثل دينه، وخالفه أكثر الفقهاء من أصحاب مالك وغيرهم بتجويزهم لذي الحق أخذ ماله من غريمه كيف ما أمكنه، وقد

لِحَقِّهِ، مُخْرَجِ مِنْ حِرْزٍ، بِأَنْ لاَ يُعَدَّ الْوَاضِعُ فِيهِ مُضَيِّعاً، وَإِنْ لَمْ يُخْرِجْ هُوَ، أَوِ ابْتَلَعَ دُرًّا، أَوِ ادَّهَنَ بِمَا يَحْصُلُ مِنْهُ نِصَابٌ، أَوْ أَشَارَ إِلَى شَاةٍ، بِالْعَلَفِ فَخَرَجَتْ، أَوِ اللَّحْدَ أَوِ الخِبَاءَ، أَوْ مَا فِيهِ، أَوْ حَانُوتٍ، أَوْ فِنَائِهِمَا، أَوْ مَحْمِلٍ، أَوْ ظَهْرِ دَابَّةٍ وَإِنْ غِيبَ عَنْهُنَّ،

فرع: من سرق نصاباً من مال مشترك بين جماعة وحصة كل واحد منهم دون النصاب فإنه يقطع. قال في المقدمات: يجب القطع في النصاب بإخراجه من الحرز، سرقه واحد من واحد، أو جماعة من جماعة، أو جماعة من واحد، أو واحد من جماعة إذا تعاونوا في إخراجه لحاجتهم إلى التعاون في ذلك، وأطال في ذلك إلى أن قال: ولا اختلاف أحفظه في سرقة الواحد ما يجب فيه القطع من الجماعة المشتركين أنه يقطع انتهى. قلت: وهذا فيما يكون مشتركاً، وأما إذا سرق من حرزين قدر نصاب فلا قطع عليه. قال في النوادر: ومن كتاب ابن المواز: ومن سرق من حرزين قدر ربع دينار قال عبد الملك: لا يقطع حتى يسرق من حرز واحد وإن كان ذلك لرجلين انتهى. ثم قال: ورُوي عن مالك في غرائر بالسوق مجتمعة للبيع فسرق رجل من كل غرارة شيئاً حتى اجتمع له ما يقطع فيه في مثله أنه لا يقطع

روى ذلك زياد وابن وهب عن مالك (**مخرج من حرز بأن لا يعد الواضع فيه مضيعاً**) ابن شاس: الشرط السادس يعني من شروط المسروق أن يكون محرزاً. معناه أن يكون في مكان هو حرز لمثله في العادة والعرف، وذلك يختلف باختلاف عادات الناس في إحراز أموالهم. وهو في الحقيقة كل ما لا يعد صاحب المال في العادة مضيعاً لماله بوضعه فيه (**وإن لم يخرج هو**) من المدونة: لو أخذ في الحرز بعد أن ألقى المتاع خارجاً منه فقد شك فيه مالك بعد أن قال لي يقطع وأنا أرى أن يقطع (**أو ابتلع درة**) ابن شاس: لو ابتلع درة وخرج قطع. ابن عرفة: هذا مقتضى المدونة ولا أعرفه نصاً إلا للغزالي (**أو ادهن بما يحصل منه نصاب**) من المدونة: وإذا دخل السارق الحرز فأكل الطعام فيه ثم خرج لم: يقطع وضمنه، وإن دهن رأسه ولحيته في الحرز بدهن ثم خرج فإن كان ما في رأسه من الدهن لو سلت بلغ ربع دينار قطع وإلا لم يقطع (**أو أشار إلى شاة بالعلف فخرجت**) سمع أشهب: من أشار إلى شاة في حرز لم يدخله بالعلف فخرجت لا قطع عليه. وقال أشهب وابن القاسم: يقطع. ابن رشد: القطع هو الأظهر (**أو اللحد**) قال بعد هذا: أو قبر فانظر أنت هذا (**أو الخباء أو بما فيه**) من المدونة: إذا وضع المسافر متاعه في خبائه أو خارجاً منه وذهب لحاجة فسرقه رجل أو سرق لمسافر فسطاطاً مضروباً بالأرض قطع (**أو في حانوت**) من المدونة: يقطع من سرق من الحوانيت والمنازل والبيوت (**أو فنائها**) من المدونة: يقطع من سرق ما وضع في أفنية الحوانيت. وقد تقدم أنه يقطع من أخذ من خارج الخباء (**أو محمل أو ظهر دابة وإن غيب عنهن**) من المدونة: والدور حرز لما فيها غاب أهلها أو حضروا، ويقطع من سرق ما وضع في أفنية الحوانيت. اللخمي: يريد إذا كان معه صاحبه، واختلف إن غاب عنه. ومن المدونة: من سرق من محمل شيئاً أو أخذ من أعلا البعير غرائر أو شقها

أَوْ بِجَرِينٍ، أَوْ سَاحَةِ دَارٍ لأَجْنَبِيٍّ، إِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ، كَالسَّفِينَةِ، أَوْ خَانٍ للأَثْقَالِ، أَوْ زَوْجٍ فِيمَا حُجِرَ عَنْهُ، أَوْ مَوْقِفِ دَابَّةٍ لِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ قَبْرٍ، أَوْ بَحْرٍ، أَوْ لِمَنْ رُمِيَ بِهِ لِكَفَنٍ، أَوْ سَفِينَةٍ بِمَرْسَاةٍ،

حتى يسرق من كل غرارة ما يجب فيه القطع، لأن كل غرارة حرز لما فيها، وشاور الأمير فيها من حضر من العلماء فأفتوا أن عليه القطع، وأفتى مالك بما ذكرنا فرجعوا إليه، وكان أول من رجع إليه ربيعة انتهى. وذكر القصة في المدارك وقال: هذه المسألة مما يعرف بها فضل مالك.

فأخذ منها متاعاً أو أخذ ثوباً من على ظهر البعير مستتراً قطع. وسمع أشهب: من سرق من المحمل وليس صاحبه فيه فعليه القطع **(أو بجرين)** من المدونة: إن جمع الجرين الحب والتمر وغاب ربه وليس عليه باب ولا حائط ولا غلق قطع من سرق منه **(أو ساحة دار لأجنبي إن حجر عليه)** ابن يونس: الدار المشتركة المأذون فيها لساكنها من سرق من السكان من بيت محجور عنه فإنه إذا أخرج المتاع من البيت إلى الساحة قطع لأنه صيره إلى غير حرز له، وإن سرق من الساحة لم يقطع وإن خرج به من جميع الدار لأنه موضع مأذون له فيه، وأما إن كان السارق غير الساكن فإنه لا يقطع حتى يخرجه من جميع الدار، سواء سرق المتاع من البيت أو من الساحة، وقاله سحنون. وقال ابن المواز: عن مالك في هذا إنه يقطع إذا أخرجه من البيت إلى الساحة، وإن سرق من الساحة لم يقطع حتى يخرج به من الجميع **(كالسفينة)** ابن رشد: حكم السرقة من السفينة بين أهلها كحكم السرقة من صحن الدار المشتركة **(أو خان الأثقال)** من المدونة قال ابن القاسم: الدار المشتركة المأذون فيها إذا سرق الرجل منها دواب من مرابطها قطع. قال ابن المواز: وإن أخذ في الدار إذا جاوز منها مرابطها وكذلك الأعكام من الثياب والأعدال أو الشيء الثقيل قد جعل ذلك موضعه فهو كالدابة على مدودها في الدار المشتركة أنه يقطع إذا برز به من موضعه. قال: وأما المتاع يكون في قاعتها مما جعل ليدفع لا على أن يكون ذلك موضعه، فهذا إنما يقطع إذا أخرجه من جميع الدار إلا أن يكون يؤذن فيها لكل واحد كالقياصير فلا يقطع في هذا المتاع **(أو زوج بما حجر عليه)** وللخمي: إن سرق أحد الزوجين من مال الآخر من موضع محجور بائن عن مسكنهما قطع، وإن كان معهما في بيت واحد فسرق من تابوت مغلق أو بيت محجور معهما في الدار أو الدار غير مشتركة فقال ابن القاسم: يقطع. وفي الموازية: لا يقطع. وعدم القطع أحسن إن كان القصد بالغلق والتحفظ من أجنبي يطرقها، وإن كان لتحفظ كل منهما من الآخر قطع **(أو موقف دابة لبيع)** في الموازية: في الشاة توقف في السوق للبيع من سرقها قطع وإن لم تكن مربوطة **(أو غيرها)** من المدونة: لو كان للدواب مرابط معروفة في السكة فمن سرقها من مرابطها قطع لأن ذلك حرزها **(أو قبر)** ابن أبي زيد: القبر حرز لما فيه كالبيت. قال في المدونة: من سرق كفناً من القبر قطع **(أو بحر لمن رمي به)** ابن شاس: لو مات في البحر فكفن وطرح في البحر قطع من أخذ كفنه سواء شد في خشبة أم لا. ابن عرفة: لأنه قبره **(لكفن)** قال بهرام: هذا راجع للمسألتين **(أو سفينة بمرساة)** ابن المواز: قال ابن القاسم وأشهب: إن كانت السفينة في المرسى على أوتادها أو بين السفن أو بموضع لها حرز فعلى سارقها القطع وإن لم يكن معها أحد، وإن كانت مخلاة أو فلتت ولا أحد معها فلا قطع فيها إلا أن يكون معها أحد. وإذا كان فيها

أَوْ كُلِّ شَيْءٍ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ، أَوْ مِنْ مَطْمَرٍ قَرُبَ، أَوْ قِطَارٍ وَنَحْوِهِ، أَوْ أَزَالَ بَابَ الْمَسْجِدِ، أَوْ سَقْفَهُ، أَوْ أَخْرَجَ قَنَادِيلَهُ، أَوْ حُصْرَهُ أَوْ بُسُطَهُ؛ إِنْ تُرِكَتْ بِهِ، أَوْ حَمَّامٍ؛ إِنْ دَخَلَ لِلسَّرِقَةِ،

ص: **(أو أزال باب المسجد أو سقفه وأخرج قناديله أو حصره أو بسطه إن تركت فيه)** ش: يعني أن من أزال باب المسجد عن موضعه خفية على وجه السرقة فإنه يقطع، وسواء خرج بها من المسجد أم لا. وكذلك إذا أزال خشبة من سقفه عن موضعها خفية على وجه السرقة فإنه يقطع، سواء خرج بها من المسجد أم لا. وكذلك كل شيء ثابت في المسجد ومثبت به ومسمر فيه كحصره المستترة فيه المخيط بعضها إلى بعض، وكذلك بلاطه المبنية وسلاسل قناديله المسمرة فيه فإنه يقطع إذا أزال شيئاً من ذلك عن موضعه، ولا خلاف في ذلك. وأما ما ليس بمتشبث به ولا مسمر فيه كقناديله المعلقة فيه وحصره التي لم تسمر فيه ولم يخيط بعضها إلى

مسافرون فأرسوها في مرسى وربطوها ونزلوا كلهم وتركوها فقال ابن القاسم: يقطع من سرقها **(أو أكل شيئاً بحضرة صاحبه)** ابن الحاجب: كل شيء له مكان معروف فمكانه حرز، وكل شيء مع صاحبه أو بين يديه فهو محرز. وفي الموازية: من سرق رداؤه من المسجد وهو نائم قريب منه قطع سارقه إن كان منتبهاً، وكالنعلين بين يديه وحيث يكونان من المنتبه **(أو مطمر قرب)** سمع ابن القاسم: من سرق من مطامير في الفلاة أسلمها ربها وأخفاها فلا قطع عليه، وما كان بحضرة أهله معروفاً مبيناً قطع سارقه. ابن رشد. ابن رشد: لأن الأول لم يحرز طعامه بحال. ابن عرفة: فقول ابن شاس وابن الحاجب خلاف المنصوص **(أو قطار)** من المدونة: من احتمل بعيراً من القطار في سيره وبان به قطع. ابن يونس: وروى محمد: إن سيقت الإبل غير مقطورة فمن سرق منها قطع والمقطورة أبين **(ونحوه)** قال ابن القاسم: الدار المشتركة المأذون فيها إذا سرق رجل منها دواب من مرابطها قطع، وكذلك لو كان لها مرابط معروفة في السكة فسرقها رجل من ذلك الموضع قطع لأن ذلك حرزها **(أو أزال باب المسجد أو سقفه)** سمع عيسى: من سرق أبواب المسجد قطع. ابن رشد: وكذا من سرق شيئاً مما هو مثبت به كجائزة من جوائزه. محمد: أو خشبة من سقفه **(أو أخرج قناديله)** ابن عرفة: في القطع في قناديل المسجد ثالثها إن كان مسجداً يغلق عليه **(أو حصره)**.

ابن عرفة: في القطع في حصر المسجد ثالثها إن كان تسور عليها ليلاً، ورابعها إن خيط بعضها ببعض، وخامسها إن كان عليها غلق **(أو بسطه إن تركت به)** ابن الماجشون: الطنفسة يبسطها الرجل في المسجد لجلوسه إن جعلها كحصير من حصره فسارقها كسارق الحصير، وأما طنفسة يذهب بها ربها وترفع فإن نسيها في المسجد فلا قطع في ذلك ولو كان على المسجد غلق لأن الغلق لم يكن من أجلها ولم يكلها ربها إلى غلق. وهو قول مالك انظر سماع عيسى في البسط **(أو حمام إن دخل للسرقة)** ابن رشد: إن كان في الحمام مع الثياب من يحرسها فلا قطع على من سرقها حتى يخرج بها من الحمام إذا كان السارق قد دخل للتحميم. وأما من دخل للسرقة فأخذ قبل أن يخرج من الحمام فيجري على الخلاف في الأجنبي يسرق من بيوت الدار المشتركة بين الساكنين فيؤخذ في الدار

أَوْ نَقَبَ، أَوْ تَسَوَّرَ أَوْ بِحَارِسٍ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي تَقْلِيبٍ، وَصُدِّقَ مُدَّعِي الْخَطَإِ، أَوْ حَمَلَ عَبْداً لَمْ يُمَيِّزْ، أَوْ خَدَعَهُ، أَوْ أَخْرَجَهُ فِي ذِي الإِذْنِ العَامِّ لِمَحَلِّهِ، لاَ إِذْنٍ خَاصٍّ كَضَيْفٍ مِمَّا حُجِرَ عَلَيْهِ، وَلَوْ خَرَجَ بِهِ مِنْ جَمِيعِهِ، وَلاَ إِنْ نَقَلَهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ، وَلاَ فِيمَا عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَعَهُ، وَلاَ عَلَى دَاخِلٍ تَنَاوَلَ مِنْهُ الخَارِجُ وَلاَ إِنِ اخْتَلَسَ، أَوْ كَابَرَ، أَوْ هَرَبَ بَعْدَ أَخْذِهِ فِي الْحِرْزِ

بعض، فاختلف فيمن سرق شيئاً من ذلك هل يقطع أم لا. فالذي مشى عليه المصنف وهو قول مالك أنه يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج به من المسجد، وأما بسط المسجد فإنها إن كانت

قبل أن يخرج (**أو نقب أو تسور**) من المدونة: من سرق متاعاً من الحمام فإن كان معه من يحرسه قطع وإلا لم يقطع إلا أن يسرقه ممن لم يدخل الحمام من مدخل الناس من بابه مثل أن يتسور أو ينقب ونحو ذلك فإنه يقطع وإن لم يكن مع المتاع حارس (**أو حارس لم يأذن له في تقليب وصدق مدعي الخطأ أو حمل عبداً لم يميز أو خدعه**) من المدونة: من سرق عبداً فصيحاً كبيراً لم يقطع، وإن كان أعجمياً قطع. ابن الحاجب: ولو حمل عبداً غير مميز أو خدعه فأخذه قطع بخلاف المميز (**أو أخرجه في ذي الإذن العام لمحله**) بهرام: أي إلى محل الإذن العام لأنه أخرجه من حرز إلى غير حرز. قال: وفيه نظر. ابن رشد: أما الدار التي أذن فيها ساكنها أو مالكها إذناً عاماً للناس كالعالم والطبيب يأذن للناس في دخولهم إليه في داره أو كالرجل يحجر على نفسه في ناحية من داره ويترك بابها مفتوحاً تدخل بغير إذن، فهذه يجب القطع على من سرق من بيوتها المحجرة إذا خرج بسرقته عن جميع الدار، ولا يجب القطع على من سرق من قاعة الدار وما لم يحجر من بيوتها وإن خرج من الدار (**لا إذن خاص كضيف مما حجر عنه ولو خرج من جميعه**) ابن زرب: خصال لا قطع على السارق فيها فمنها سرقة الضيف والجائع في الشدة. ابن رشد: وأما الدار التي أذن فيها ساكنها أو مالكها الخاص من الناس كالرجل يضيف الضيف فيدخله داره أو يبعث الرجل إلى داره ليأتيه من بعض بيوتها بمتاعه وما أشبه ذلك، فاختلف إذا سرق الضيف أو الرجل المبعوث من بيت مغلق قد حجر عليه دخوله على قولين، وقول المدونة إنه لا يقطع وإن خرج بما سرق من جميع الدار لأنه خائن وليس بسارق (**ولا إن نقله ولم يخرجه**) ابن الحاجب: لو نقله ولم يخرجه لم يقطع. ابن حارث: اتفقوا في السارقين يكون أحدهما من داخل الحرز والآخر من خارجه فيخرج الداخل يده إلى خارج الحرز بالمتاع فيتناوله الخارج أنه لا قطع على الخارج. فلو أدخل الخارج يده إلى داخل الحرز فأعطاه الداخل المتاع فقال ابن القاسم: يقطع الخارج. وقال أشهب: يقطعان معاً. واتفقوا في السارق يؤخذ في الحرز قبل أن يخرج المتاع أنه لا قطع عليه (**ولا فيما على صبي أو معه**) في الموازية: من سرق قرط صبي أو شيئاً مما عليه، فإن كان صغيراً لا يعقل ولا حافظ له ولا في حرز لم يقطع وإلا قطع (**ولا على داخل تناول من الخارج**) تقدم أن هذا إن لم يخرج الداخل يده إلى خارج الحرز (**ولا إن اختلس**) ابن عرفة: المذهب أنه لا قطع في اختلاس (**أو كابر**) ابن الحاجب: فلو أخذ اختلاساً أو مكابرة على غير حرابة فلا يقطع (**أو هرب بعد أخذه في الحرز**) سمع عيسى ابن القاسم: إن دخل سارق بيت رجل فاتزر بإزار فأخذ في البيت ففر منهم والإزار عليه وقد علم به أهل البيت أو لم

وَلَوْ لِيَأْتِي بِمَنْ يَشْهَدُ عَلَيْهِ، أَوْ أَخَذَ دَابَّةً بِبَابِ مَسْجِدٍ أَوْ سُوقٍ، أَوْ ثَوْباً بَعْضُهُ بِالطَّرِيقِ أَوْ ثَمَراً مُعَلَّقَةً لاَ بِغَلْقٍ، فَقَوْلاَنِ. وَإِلاَّ بَعْدَ حَصْدِهِ؛ فَثَالِثُهَا، إِنْ كُدِّسَ

متروكة فيه ليلاً ونهاراً فهي كالحصر، وأما إن كانت تحمل وترد فلا قطع فيها. قال في أول كتاب السرقة من البيان: من سرق من المسجد الحرام أو غيره من المساجد شيئاً مما هو متشبث به كجائزة من جوائزه أو باب من أبوابه أو ترية من ترياناه المعلقة به المتشبثة به أو حصير قد سمر في حائط من حيطانه أو خيط إلى ما سواه من الحصر على ما رُوي عن سحنون، فلا اختلاف في وجوب القطع على من سرق شيئاً من ذلك من موضعه وهو متشبث به. وأما ما سرقه من ذلك وهو غير متشبث به كقناديل موضوعة في ترياتها أو حصر موضوعة في مواضعها فقيل: إن موضعها حرز لها يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج بها من المسجد. وقيل: إنه لا قطع في شيء من ذلك كله وإن خرج به من المسجد. اختلف في ذلك قول ابن القاسم على ما يأتي في رسم نقدها من سماع عيسى انتهى. ثم قال في رسم نقدها من سماع عيسى: قال ابن القاسم: من سرق حصر المسجد قطع وإن كان من المسجد الحرام الذي لا أبواب له وليست الأبواب بالتي تحرز. ومن سرق الأبواب أيضاً قطع، ومن سرق القناديل فإني أرى أن يقطع سرق ذلك ليلاً أو نهاراً. وقد قال ابن القاسم في كتاب السلم: وله بنون صغار في الذي يسرق من حصر المسجد إن كانت سرقته نهاراً لم أر عليه قطعاً، وإن كان تسور عليها ليلاً بعد أن أغلق فأخرج منها ما يكون فيه القطع قطع. وقال فيه أيضاً في الذي يسرق من المسجد الحرام أو مسجد لا يغلق عليه إنه لا يقطع انتهى. وقال في التوضيح: القول بأنه

يعلموا لا قطع عليه. ابن رشد: لأنه لم يخرج به إلا مختلساً **(أو ليأتي بمن يشهد عليه)** في الموازية: من ترك السارق يسرق متاعه وأتى بشاهدين له يعاينانه ولو أراد أن يمنعه منعه فلا قطع. قاله مالك **(وأخذ دابة بباب مسجد أو سوق)** من المدونة: والدابة بباب المسجد أو السوق إذا كان معها من يمسكها قطع وإلا فلا **(أو ثوباً بعضه في الطريق)** من المدونة: من جر ثوباً منشوراً على حائط بعضه في الدار وبعضه خارج عنها إلى الطريق لم يقطع **(أو ثمراً معلقاً)** ابن يونس: قال رسول الله ﷺ: «لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فإذا آوها المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن»[1]. قال ابن القاسم: فلا قطع في ثمر في رؤوس النخل في الحوائط ولا في زرع أو بقل قائم حتى يأويه الجرين. محمد: وأما في نخلة أو شجرة في دار رجل فإنه يقطع. قال ابن القاسم: وإذا جمع في الجرين الحب أو التمر وغاب ربه وليس عليه باب ولا حائط ولا غلق قطع من سرق منه. ابن يونس: لعموم الحديث **(إلا بغلق فقولان)** تقدم قول محمد وما نقل ابن يونس غيره **(وإلا بعد حصده فثالثها إن كدس)** سمع ابن القاسم: سئل مالك عن القمح والقرط زرع مصر يحصد ويوضع في موضعه

(١) رواه النسائي في كتاب السارق باب ١١،١٢. الموطأ في كتاب الحدود حديث ٢٢.

يقطع في القناديل وفي الحصر كان على المسجد غلق أم لا لمالك وسوى بين الليل والنهار. قال: وقاله ابن الماجشون وأصبغ ولذلك اقتصر عليه المصنف.

تنبيهات: الأوّل: إذا قلنا بقطع إذا سرق قناديل المسجد أو حصره أو بسطه ولو لم تكن مسمرة ولا مخيطة فلا يشترط أن يخرج بذلك من المسجد كما يتبادر ذلك من لفظ المصنف أعني قوله «أو أخرج قناديله أو حصره» وقد تقدم التصريح بذلك في كلام ابن رشد. وقال في التوضيح لما اعترض على ابن الحاجب في أن عبارته توهم أنه لا يقطع في سقف المسجد وبابه حتى يخرج به من المسجد قال: وليس كذلك والصواب لو قال وموضع الباب والسقف حرز لأنه يجب القطع وإن لم يخرج به من المسجد، نص عليه صاحب البيان وغيره، ونص عليه مالك في الواضحة في البلاط والحصر والقناديل انتهى. وقال في الجواهر بعد أن ذكر الخلاف في القطع في قناديله وحصره: ويقطع في القناديل والحصر والبلاط وإن أخذ في المسجد كان في ليل أو نهار وحرزها مواضعها. وكذلك الطنفسة يبسطها الرجل في المسجد لجلوسه إذا كانت تترك فيه ليلاً ونهاراً كالحصير، وقاله مالك. وأما الطنافس تحمل وترد فربما نسيها صاحبها وتركها فلا يقطع فيها وإن كان على المسجد غلق لأن الغلق لم يجعل من أجلها، وقال ابن القاسم في العتبية فيمن سرق من بسط المسجد التي تطرح فيه في رمضان: فإن كان عنده صاحبه قطع وإلا فلا انتهى. وقوله «أنه لا يقطع إذا سرق البسط التي لا تترك في المسجد ولو كان عليه غلق» يريد إذا لم يسرقها بعد أن أغلق عليها، وأما إذا سرقها بعد أن أغلق عليها فإنه يقطع إذا أخرجها من المسجد إلا على قول أشهب السابق، فيحمل قول المصنف «أو أخرج قناديله أو حصره» على أن المراد إذا أخرجها من موضعها لا على أن المراد إذا أخرجها من المسجد. وحمل البساطي كلام المصنف على ظاهره وأنه لا يقطع حتى يخرج القناديل والحصر والبسط من المسجد، وهذا مخالف لما تقدم من نصوص المذهب. وليس ثم قول يفرق بين سقف المسجد وحصره وقناديله إذا قلنا بوجوب القطع في ذلك فتأمله. الثاني: ما ذكره المصنف عن صاحب البيان في سقف المسجد وبابه وأنه لا يشترط أن يخرج به من المسجد هو ظاهر من كلامه السابق، لأنه لما صرح بذلك فيما ليس متشبثاً بالمسجد ولا مسمراً فيه فالمتشبث به والمسمر فيه أحرى بذلك، وكلامه في المتشبث لا يقتضي أنه لا يقطع حتى يخرجه بل فيه أيضاً ما يفهم منه أنه يقطع بمجرد سرقته من موضعه فتأمله. وإنما نبهت على هذا لأن بعض الناس توقف فيما ذكره المصنف في التوضيح عن صاحب البيان وذلك مما لا ينبغي أن يتوقف فيه والله أعلم.

الثالث: هذا الكلام كله إنما هو فيما سرق من المسجد، وأما ما سرق من بيت مغلق في المسجد كبيت للقناديل ونحوه فإنه لا يقطع حتى يخرج بالشيء المسروق من البيت المغلق فيقطع حينئذ، ولو أخذ في المسجد. وهذا إذا لم يؤذن له في دخول ذلك البيت، وأما إن أذن

وَلاَ إِنْ نَقَبَ فَقَطْ، وَإِنْ الْتَقَيَا وَسَطَ النَّقْبِ، أَوْ رَبَطَهُ فَجَبَذَهُ الْخَارِجِ قُطِعَا

له في دخوله فلا قطع عليه. وكذلك من سرق من على الكعبة الداخل فيها المغلق عليه بابها فإنه إن كان سرق في الوقت الذي أذن له في دخولها فلا قطع عليه، وإن سرق في غير الوقت الذي أذن له في دخولها فإنه لا قطع عليه حتى يخرج به من الكعبة إلى محل الطواف قطع وإن لم يخرج به من المسجد. قاله في أول كتاب السرقة من البيان قال: لأن حكم البيت الحرام الذي لا يدخل إلا بإذن فيما سرق منه حكم البيت يكون في المسجد يختزن فيه ما يحتاج إليه في المسجد من زيته وقناديله وحصره لا قطع على من دخله بإذن فسرق منه ما يجب فيه القطع.

الرابع: أما حلي الكعبة الذي في بابها وفي جدارها من خارج كالحلي الذي على الحجر الأسود، فحكمها حكم ما كان مسمراً في المسجد. قال في التوضيح: نقل ابن الماجشون عن مالك القطع في حلي باب الكعبة انتهى. وكذلك حكم الرصاص الذي في أرض المطاف، والذي في أساطين المسجد. وكذلك حكم كسوة الكعبة الظاهرة حكم ما هو مسمر في المسجد ومتشبث به، وأما الكسوة الداخلة فحكمها حكم حليها المغلق عليه بابها، وكذلك حكم كسوة المقام والقناديل المعلقة فيه في الموضع الذي يعلق عليه، وهذا كله ظاهر ولم أره منصوصاً والله أعلم.

الخامس: علم من كلام الجواهر المتقدم أنه لا يشترط في البسط أن تكون للمسجد موقوفة عليه، وأنها لو كانت ملكاً لشخص ولكنها متروكة في المسجد ليلاً ونهاراً كان ذلك حكمها. والظاهر أن الحصر كذلك، وكذلك القناديل بالإضافة للمسجد في ذلك كله إنما هي لكون المسجد ظرفاً لها، والإضافة يكتفي فيها بأدنى ملابسة فتأمله والله أعلم. ص: **(ولا إن نقب)** ش: ما ذكره ابن غازي ظاهر وقد أشار في التوضيح إلى بعضه، ومسائل المذهب تدل على أن المساعدة في الحرز لا توجب القطع. نعم قد يؤخذ ذلك من مسألة ما إذا التقيا وسط النقب، ومسألة ما إذا ربطه الداخل وجذبه الخارج لكنه في الحقيقة عند التأمل لا يدل على

الذي حصد فيه أياماً لييبس فيسرق، أترى على من سرق منه قطعاً؟ قال: لا إنما جاء الحديث «إذا آواه الجرين». وروى عنه أشهب أنه يقطع لأنه إذا ضم بعضه إلى بعض صار ذلك له حرزاً وليس ذلك بمنزلة الزرع القائم، ولأن ما في رؤوس النخل من الثمر بمنزلة ما قد جدّ ووضع في أوصولها. انتهى نقل ابن يونس **(ولا إن نقب فقط)** ابن شاس: لو نقب وأخرج غيره وانفرد كل واحد منهما بفعله دون اتفاق بينهما فلا قطع على واحد منهما. انظر ابن عرفة فإنه قال: إن هذا على أصل الشافعية أن النقب يبطل حقيقة الحرز وليس هذا مذهب مالك **(وإن التقيا وسط النقب أو ربطه فجبذه الخارج قطعا)** من المدونة: إذا التقت أيديهما في المناولة في وسط النقب قطعا معاً، ولو ربطه الداخل بحبل

وَشَرْطُهُ: التَّكْلِيفُ، فَيُقْطَعُ الْحُرُّ، وَالْعَبْدُ، وَالْمُعَاهَدُ، وَإِنْ لِمِثْلِهِمْ إِلاَّ الرَّقِيقَ لِسَيِّدِهِ، وَثَبَتَتْ بِإِقْرَارٍ، إِنْ طَاعَ، وَإِلاَّ فَلاَ، وَلَوْ أَخْرَجَ السَّرِقَةَ، أَوْ عَيَّنَ القَتِيلَ، وَقُبِلَ رُجُوعُهُ وَلَوْ بِلاَ شُبْهَةٍ، وَإِنْ رُدَّ اليَمِينُ فَحَلَفَ الطالِب أَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ، أَوْ وَاحِدٌ، وَحَلَفَ. أَوْ أَقَرَّ السَّيِّدُ، فَالْغُرْمُ بِلاَ قَطْعٍ، وَإِنْ أَقَرَّ العَبْدُ، فَالعَكْسُ، وَوَجَبَ رَدُّ المَالِ إِنْ لَمْ يُقْطَعْ

ذلك فأشبه ما إذا حملا شيئاً لا يقدر كل واحد على حمله فإنهما يقطعان. ص: **(إلا الرقيق لسيده)** ش: فإنه لا يقطع لأنه لا يجتمع عليه غرامتان، ذهاب ملكه وإتلاف عبده. ولو رضي السيد بذلك لم يقطع لأنه لا يوافق على إتلاف المال إلا حيث أمر الشرع به. ص: **(وإن رد اليمين)** ش: حيث تتوجه اليمين على المدعى عليه بالسرقة بأن يكون متهماً وفي المتوسط على

وجبذه الخارج قطعاً **(وشرطه التكليف)** ابن عرفة: نصوص المذهب واضحة بأن شرط قطع السارق تكليفه حين سرقته **(فيقطع الحر والعبد والذمي والمعاهد وإن لمثلهم)** ابن الحاجب: فيقطع الحر والعبد والذمي والمعاهد وإن كان المسروق لأحدهم وإن لم يترافعوا. ابن عرفة: لأن حد القطع لله. وعبارة ابن شاس: يجب على المعاهد يسرق مال ذمي أو مسلم. انظره أنت **(إلا الرقيق لسيده)** ابن رشد: إنما لم يقطع العبد في سرقته من مال سيده إذ لا يجتمع على السيد عقوبتان ذهاب ماله وقطع يد غلامه **(وتثبت بإقرار إن طاع)** ابن عرفة: تثبت السرقة بالبينة كالإقرار بها طوعاً **(وإلا فلا ولو عين السرقة أو أخرج القتيل)** اللخمي: فيمن أقر بعد التهديد خمسة أقوال. قول مالك إنه لا حكم لإقراره ولا يؤخذ به. قال في المدونة: وإن أخرج السرقة أو عين القتيل في حال التهديد لم أقطعه ولم أقتله حتى يقر بعد ذلك آمناً **(وقبل رجوعه ولو بلا شبهة)** أبو عمر: اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة على قبول رجوع المقر بالزنا والسرقة وشرب الخمر إذا لم يدع المسروق ما أقر به السارق. الباجي: إن رجع لغير شبهة فروى ابن وهب ومطرف أنه يقال، وقاله ابن القاسم وابن عبد الحكم، وروي عن مالك قول آخر انظره فيه **(وإن ردت اليمين فحلف الطالب أو شهد رجل وامرأتان أو واحد وحلف أو أقر العبد بالغرم فلا قطع)** ابن شاس: لو رد السارق اليمين فحلف الطالب ثبت الغرم دون القطع. ابن عرفة: هذا واضح، ومن المدونة: إن شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة لم يقطع، وضمن قيمة ذلك ولا يمين على رب المتاع. وإن شهد بذلك رجل واحد حلف الطالب مع شهادته وأخذ المتاع إن كان قائماً، ولا يقطع السارق. وإذا أقر عبد أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد بسرقة قطعوا إذا عينوا السرقة فأظهروها، فإذا ادعى السيد أنها له صدق مع يمينه. وقال ابن الحاجب: إقرار العبد يثبت القطع دون الغرم اهـ. قال بهرام: فقول خليل سهو **(ووجـــب ردّ المال إن لم يقطع)** ابن عرفة: موجب السرقة قطع السارق وضمانه السرقة إن لم يقطع لازم له اتفاقاً، وقد تقدم أن أقطع اليدين والرجلين إذا سرق عزر وضمن السرقة. وإن كان معسراً مطلقاً قال مالك وأصحابه: لو سرق مالاً يجب فيه القطع إما لقلته أو لأنه من غير حرز أو لغير ذلك، فإنه يتبع بذلك في عدمه ويحاص به غرماءه، وإذا كان يجب فيه القطع لم يتبع في عدمه ولا يتبع إلا في يسر متصل من يوم سرق إلى يوم يقطع وإلا لم يتبع. وإن

مُطْلَقاً، أَوْ قُطِعَ، إِنْ أَيْسَرَ إِلَيْهِ مِنَ الأَخْذِ، وَسَقَطَ الْحَدُّ إِنْ سَقَطَ الْعُضْوُ بِسَمَاوِيٍّ لاَ بِتَوْبَةٍ، وَعَدَالَةٍ؛ وَإِنْ طَالَ زَمَانُهُمَا وَتَدَاخَلَتْ، إِنْ اتَّحَدَ الْمُوجِبُ، كَقَذْفٍ، وَشُرْبٍ، أَوْ تَكَرَّرَتْ.

القول بتوجهها عليه. ص: **(وسقط الحد إن سقط العضو بسماوي)** ش: قال الشارح في الوسط: ابن شاس: ولو سرق ولا يمين له سقط الحد انتهى. وما ذكره عن ابن شاس ليس هو كذلك. والذي في الجواهر: ولو سرق فسقطت يمناه بآفة سقط الحد انتهى. وأما مسألة من لا يمين له فقال فيها: ولو كان لا يمين له فسرق وقطعت يده اليسرى في الرواية الأخيرة، وفي الأولى تقطع رجله اليسرى انتهى. وإلى ذلك أشار المؤلف في أول الباب بقوله «فرجله اليسرى ومحى ليده اليسرى». وفي الشرح الصغير نحو ما في الوسط. وأما في الشرح الكبير فذكر عبارة عن ابن شاس التي ذكرناها والله أعلم. ص: **(وتداخلت إن اتحد الموجب كقذف وشرب وإلا تكررت)** ش: قال في المدونة: ومن قذف وشرب خمراً سكر منها أو لم يسكر جلد حداً واحداً. قال أبو الحسن: انظر لو جلد في أحدهما ثم علم أن الآخر قبله، فذكر ابن يونس عن ابن المواز إن شرب الخمر وضرب الحد له ثم ثبت بعد ذلك أنه افترى على رجل

كان ملياً بعد عدم تقدم. قال مالك: وهو الأمر المجمع عليه عندنا أو قطع إن أيسر **(عليه من الأخذ)** من المدونة: إنما يضمن السارق السرقة إذا سرق وهو موسر فتمادى يسره إلى أن قطع. ابن عرفة: وإن قطع والسرقة قائمة بعينها استحقها ربها وإن استهلكها فأربعة أقوال، ثالثها قول المدونة إن اتصل يسره بها من السرقة إلى يوم القطع. ابن العربي: لمالك في هذه المسألة مقالة عظيمة أوجب القطع في يده عقوبة وأوجب الغرم في ماله عقوبة أخرى. فإذا كان معسراً لم يغرم إذ لو أوجبنا الغرم في ذمته لكنا قد جمعنا بين عقوبتين في محل واحد وذلك لا يجوز. وقال ابن رشد: إذا وجدت السرقة بعينها ردت لصاحبها بإجماع، وأما إن تلفت فذهب مالك إلى أنه إن كان متصل اليسير من يوم سرق إلى يوم أقيم عليه الحد ضمن قيمة السرقة، وإن كان عديماً أو أعدم في بعض المدة فلا غرم إذ لا يجتمع عليه عقوبتان اتباع ذمته وقطع يده فيه، بخلاف ما إذا غصب حرة وهو معدم فإنه يحد ويتبع بالمهر. قاله مالك. قال عبد الوهاب: لأن هاتين عقوبتان عن سببين **(ويسقط الحد إن سقط العضو بسماوي)** قال مالك: إن ذهبت اليمنى بعد السرقة بأمر من الله أو تعمد أجنبي لا يقطع منه شيء لأن القطع كان واجباً فيها. ابن شاس: ولو سرق فسقطت يمناه بآفة لسقط الحد **(لا بتوبة وعدالة وإن طال زمانهما)** ابن شاس: لا يسقط الحد بالتوبة ولا بصلاح الحال ولا بطول الزمان ونحوه في المدونة. **(وتداخلت إن اتحد الموجب)** من المدونة: إن قطعت يد السارق كان ذلك لكل سرقة تقدمت أو قصاص وجب في تلك اليد **(كقذف وشرب)** من المدونة: من قذف وشرب خمراً جلد حداً واحداً **(وإلا تكررت)** من المدونة: إذا اجتمع على الرجل مع حد الزنا حد قذف أو شرب خمر أقيما عليه ويجمع ذلك الإمام عليه إلا أن يخاف عليه فيفرق الحدين قال: وكل حد أو قصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتي على ذلك كله إلا حد القذف فإنه يقام عليه قبل القتل. ابن شاس: الجناية السادسة الحرابة

باب قاطع الطريق

الْمُحَارِبُ: قَاطِعُ الطَّرِيقِ لِمَنْعِ سُلُوكٍ، أَوْ آخِذُ مَالِ مُسْلِمٍ أَوْ غَيْرِهِ: عَلَى وَجْهٍ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ

قبل شربه، فإن ضربه للخمر يجزىء. وكذلك لو افترى على رجل فضرب له الحد ثم ثبت أنه قد شرب الخمر قبل ذلك فإنه لا يضرب له ثانية. وقاله أصبغ. وقال: هو الصواب والسنة والمجمع عليه. انتهى كلام المدونة من كتاب الشرب وكلام ابن يونس الذي نقله أبو الحسن من القذف.

فرع: قال في كتاب القذف من المدونة: وكل حرلله أو قصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتي على ذلك كله إلا حد القذف، قال أبو الحسن: ظاهره وإن كان المقذوف هو المقتول وأنه يحد ثم يقتل كغيره. وقال أبو عمران قال: وللورثة أن يقوموا بحد المقذوف فيحد ثم يقتل لا قصاص اهـ. فعلم منه أن القتل يدخل فيه حد غير القذف ولو كان قصاصاً وهذا هو الظاهر من نصوصهم. وقال الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: من لزمته حدود وقتل فالقتل يجزىء عن ذلك إلا في القذف فليحد قبل أن يقتل ما نصه: ظاهره ولو كان القتل قوداً ولم أقف عليه. انتهى فتأمل مع ما تقدم والله أعلم. ص: **(وإلا تكررت)** ش: كالزنى والشرب وكالزنى والقذف. وقيل: يكتفي بالأكثر والله أعلم.

باب

ص: **(المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك أو أخذ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه الغوث)** ش: قال ابن عرفة: الحرابة الخروج لإخافة سبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو ذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لإمرة ولا لنائرة ولا عداوة فيدخل

والنظر في ثلاثة أطراف: الأول في صفة المحاربين وحكم قتالهم. الطرف الثاني في العقوبة والغرم. الطرف الثالث في حكم هذه العقوبة.

باب

(المحارب قاطع الطريق) ابن شاس: كل من قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب، وكذلك من حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا نائرة فهو محارب **(لمنع سلوك)** في الموازية: من خرج لقطع السبيل لغير مال فهو محارب كقوله لا أدع هؤلاء يخرجون إلى الشام أو إلى غيرها **(أو أخذ مال مسلم أو غيره)** من المدونة: وإن قطعوا على المسلمين أو على أهل الذمة فهو سواء، وقد قتل عثمان رضي الله عنه مسلماً قتل ذمياً على وجه الحرابة على مال كان معه **(على وجه يتعذر معه الغوث)** ابن شاس: لو دخل داراً بالليل وأخذ المال بالمكابرة ومنع من الاستغاثة فهو محارب. ابن الحاجب: كل ما

الْغَوْثُ، وَإِنْ انْفَرَدَ بِمَدِينَةٍ: كَمُسْقِي السَّيْكُرَانِ لِذَلِكَ، وَمُخَادِعِ الصَّبِيِّ أَوْ غَيْرِهِ لِيَأْخُذَ مَا مَعَهُ، وَالدَّاخِلِ فِي لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ: فِي زُقَاقٍ، أَوْ دَارٍ، قَاتَلَ لِيَأْخُذَ الْمَالَ، فَيُقَاتَلُ بَعْدَ الْمُنَاشَدَةِ،

قولها والخناقون والذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون انتهى. ومعنى كلام المصنف أن المحارب هو من قطع الطريق على الناس ومنعهم من السلوك فيها وإن لم يقصد أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث، فينبغي أن يقرأ قوله «أو آخذ المال» بمد الهمزة وكسر الخاء على أنه اسم فاعل، وأما إذا قرىء بسكون من غير مد بصيغة المصدر فلا يكون جامعاً لأنه يكون معطوفاً على قوله «لمنع سلوك» فيقتضي أن المحارب هو من قطع الطريق لمنع السلوك أو من قطعها لأخذ المال، ويخرج منه من قاتل لأخذ المال من غير قطع الطريق، ويخرج من ذلك من دخل داراً أو زقاقاً أو قاتل ليأخذ المال ومسقى السيكران ومخادع الصبي أو غيره ليأخذ ما معه، ولهذا قال ابن الحاجب: الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الاستغاثة عادة من رجل أو امرأة أو حر أو عبد أو مسلم أو ذمي أو مستأمن إلا أن قوله «على وجه يتعذر معه الغوث» أحسن من قول ابن الحاجب «تتعذر معه الاستغاثة» فإن المسلوب يستغيث وجد مغيثاً أم لا، فهو لا تتعذر عليه الاستغاثة.

تنبيهان: الأوّل: ينبغي أن يؤتى في حد الحرابة بما يشعر بخروج قطع الطريق على الحربي وأخذ ماله فيقال مثلاً: المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك غير حربي أو أخذ مال محترم أو معصوم كما أشار إلى ذلك ابن عرفة وصاحب الشامل، وكأنهم سكتوا عن ذلك لوضوحه والله أعلم.

الثاني: انظر هل يشترط في المحارب التكليف؟ لم يتعرض له المصنف. وقال ابن عرفة: الصبي إن حارب ولم يحتلم ولا أنبت عوقب ولم يقم عليه حد الحرابة. قال: والمجنون يعاقب لينزجر إلا أن يكون الذي به الأمر الخفيف فيقام عليه الحد انتهى. وذكر مسألة الصبيان في المدونة ونصها: وأما الصبيان فلا يكونون محاربين حتى يحتلموا. وقال أبو الحسن: حتى يبلغوا. ثم قال في المدونة عقب كلامه السابق: وإن قطعوا الطريق إلى مدينتهم التي خرجوا منها فهم محاربون. وقال أبو الحسن: هذا راجع إلى أهل الذمة لا إلى الصبيان انتهى. ص: **(فيقاتل بعد**

يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر معه الاستغاثة عادة **(وإن انفرد بمدينة)** في الموازية: قد يكون الواحد محارباً **(كسقي السكران لذلك)** من المدونة: ساقي السكيران محارب. عياض: ظاهر المدونة إنما يكون محارباً إذا كان ما سقاه يموت به. انظر ابن عرفة. **(ومخادع الصبي أو غيره ليأخذ ما معه)** ابن شاس: قتل الغيلة أيضاً من الحرابة وهو أن يغتال رجلاً أو صبياً فيخدعه حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه فهو كالحرابة **(والداخل في ليل أو نهار في زقاق أو دار ليأخذ المال)** ابن الحاجب: السارق بالليل أو بالنهار في دار أو زقاق مكابرة يمنع الاستغاثة محارب **(فيقاتل بعد المناشدة إن أمكن)** ابن

إِنْ أَمْكَنَ، ثُمَّ يُصْلَبُ فَيُقْتَلُ، أَوْ يُنْفِي الْحُرُّ: كَالزِّنَا وَالْقَتْلِ أَوْ تُقْطَعُ يَمِينُهُ وَرِجْلُهُ الْيُسْرَى وِلَاءً،

المناشدة) ش: أي على وجه الاستحباب. قال ابن رشد في رسم نذر من سماع عيسى من كتاب المحاربين: واستحب مالك أن يدعوا إلى التقوى والكف، فإن أبوا قوتلوا، وإن عاجلوا قوتلوا، وأن يطعوا الشيء اليسير إن طلبوه كالثوب والطعام وما خف ولم يقاتلوا. ولم ير سحنون أن يعطوا شيئاً ولو قل ولا أن يدعوا وقال: هذا وهن يدخل عليهم. وليظهر لهم الصبر والجلد والقتال بالسيف فهو أكسر لهم وأقطع لطمعهم. ذهب في ذلك مذهب ابن الماجشون وقول مالك أحسن والله أعلم. ص: **(ثم يصلب)** ش: هذا خاص بالرجل قال اللخمي: وأما المرأة فحدها صنفان: القطع من خلاف والقتل، ويسقط عنها ثالثاً وهو الصلب، ويختلف في رابع وهو النفي. انظر بقية كلامه ونقله في الشامل وغيره. ص: **(أو ينفي الحر)** ش: لم يذكر هنا مع النفي ضرباً وذكره بعد ذلك ذكر المصنف في التوضيح تبعاً لابن عبد السلام أن مذهب المدونة أنه لا بد مع النفي من الضرب ونصه في شرح قول ابن الحاجب ولغيرهما: ولمن وقعت منه فلتة ويضربهما إن شاء. قوله «إن شاء» ظاهر المدونة أنه لا بد من ضربه لقوله: «والذي يؤخذ بحضرة الخروج ولم يخف السبيل ولم يأخذ المال فهذا يؤاخذ فيه بأسير الحكم لم أر به بأساً وذلك الضرب والنفي ما ذكره أنسب بمذهب أشهب فإنه قال: إن جلده مع النفي لضعيف وإنما استحسن لما خفف عنه من غيره»، ولو قاله قائل لم أعبه. وقوله «وإنما استحسن» أي لأنه زيادة على النص انتهى. وذكر ابن عرفة كلام ابن الحاجب ثم قال بعده: تقدم الخلاف في لزوم الضرب والنفي ثم قال اللخمي: ضربه قبل النفي استحسان كما قال أشهب. ثم ذكر كلام ابن عبد السلام ثم قال في الرجم منها: ولا ينفى الرجل ومنها لا ينفى الرجل الحر إلا في الزنى وفي حرابة فيسجنان جميعاً في الموضع الذي ينفى إليه يسجن الزاني سنة والمحارب حتى تعرف توبته. قال ابن عرفة: فظاهره عدم الضرب. وفي كتاب المحاربين:

عرفة: في دعوى اللص إلى التقوى قبل قتاله إن أمكن قولان في جهادها. وعن ابن يونس: إن طلب اللصوص مثل العلف والثوب فأحب إلي أن يعطوه ولا يقاتلوا. وقال سحنون: لا يعطوا شيئاً ولا يدعوا لأن الدعوة لا تزيدهم إلا إشلاء وجرأة. وقال ابن القاسم: لا يتبع المحارب إن لم يكن قتل. وقال سحنون: يتبع. قيل له: فلو أن لصاً عرض لي فضربته بشيء فأسقطته، أترى أن أجهز عليه؟ قال: نعم فأعلمته بقول ابن القاسم أنه لا يجهز عليه فلم يره شيئاً وقال: قد حل حين نصب الحرب. قال ابن المنذر: أو يقطع إلا أن يكون سلطاناً **(ثم يصلب فيقتل)** ابن رشد: قول ابن القاسم أو المحارب يصلب حياً ويقتل في الخشبة **(أو ينفي الحر كالزنا)** ابن الحاجب: أما النفي فللحر لا للعبد كما ذكر في الزنا إلى أن تظهر توبته. ابن رشد: النفي أن ينفى من بلد إلى بلد آخر أقله ما تقصر فيه الصلاة فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته بخلاف الزنا فقد تقدم أن سجنه سنة **(أو تقطع يمينه ورجله اليسرى ولاء)** ابن رشد: القطع. قال ابن القاسم: هو قطع يده اليمنى ورجله اليسرى. ابن رشد: ثم إن عاد

وَبالْقَتْلِ: يَجِبُ قَتْلُهُ،

وليس للإمام أن يعفو عن أحد من المحاربين ولكن يجتهد في نفيه وضربه فظاهره أو نصه ثبوت الضرب انتهى.

تنبيهات: الأول: قدر الضرب موكول إلى اجتهاد الإمام كما في نص المدونة الذي ذكره ابن عرفة. وقال أبو الحسن في شرح قوله: ولكن يجتهد الإمام في ضربه ونفيه. أما في ضربه فعلى قدر جرمه وكثرة مقامه في فساده، وأما في نفيه فإن كان كثير الفساد نفاه إلى بلد بعيد، وإن كان قليل الفساد فإلى بلد قريب، وأقله ما تقصر فيه الصلاة وهو يوم وليلة انتهى. وقال في التوضيح: قال ابن القاسم في الموازية: وليس لجلده حد إلا الاجتهاد من الإمام انتهى.

الثاني: نصوص المذهب صريحة في أن المحارب إذا نفي سجن في البلد الذي ينتفى إليه، سواء كان يخشى هروبه أم لا. وما حكاه الشيخ عبد الرحمٰن الثعالبي في تفسيره لما تكلم على آية المائدة من التفصيل بين من يخاف هروبه أو لا يخاف هروبه خلاف المعروف من المذهب والله أعلم.

الثالث: وهل يجعل في عنقه الحديد؟ انظر تبصرة ابن فرحون. ص: **(وبالقتل يجب قتله)** ش: يريد أو الصلب. قال في المقدمات: وأما إن قتل فلا بد من قتله ولا تخيير للإمام في قطعه ولا في نفيه وإنما له التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف اهـ. انظر آخر كلامه فإنه يناقض أوله. ونقله أبو الحسن ولم ينبه عليه، وله نحو ذلك في سماع عيسى من كتاب المحاربين. وقد قال في كتاب المحاربين من المدونة: وإذا أخذه الإمام وقد قتل وأخذ المال وأخاف السبيل فليقتله ولا يقطع يده ورجله والقتل يأتي على ذلك كله، فأما الصلب مع القتل فذلك إلى الإمام بأشنع ما يراه انتهى. قال أبو الحسن: قوله «ولا يقطع يده ورجله» خلافاً لأبي مصعب والقتل يأتي على ذلك كله كما إذا كان حدان، أحدهما القتل فيكون الآخر داخلاً في القتل، فلعله أشار إلى أبي حنيفة في قوله إن قتل وأخذ المال فالإمام مخير إن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم قتله، وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم صلبه، وإن شاء قتله من غير صلب ولا قطع انتهى. ووقع في عبارة الرجراجي نحو ما وقع في عبارة ابن رشد فقال: إن قتل فلا بد من قتله وليس للإمام في ذلك تخيير، لا في قطعه ولا في نفيه. وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو نفيه انتهى. فأول كلامه يناقض آخره فتأمله، ولا شك أنه سهو وتصحيف. وأما كلام ابن رشد فإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير في قتله وفي قطع يده ورجله من خلاف من غير قتل، فلا شك أنه سهو لأنه قد نفى ذلك. وإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير بين قتله من غير صلب ولا قطع وبين صلبه مع قتله وبين قطع يده ورجله ثم قتله، فهو

قطع ما بقي **(وبالقتل يجب قتله)** ابن عرفة: حد الحرابة بأحد الأربعة ما لم يقتل فإن قتل تعين قتله

وَلَوْ بِكَافِرٍ أَوْ بِإِعَانَةٍ، وَلَوْ جَاءَ تَائِباً، وَلَيْسَ لِلْوَلِّي العَفْوُ، وَنُدِبَ لِذِي التَّدْبِيرِ: القَتْلُ، وَالْبَطْشِ القَطْعُ، وَلِغَيْرِهِمَا، وَلِمَنْ وَقَعَتْ مِنْهُ فَلْتَةٌ: النَّفْيُ، وَالضَّرْبُ، وَالْتَّعْيِينُ لِلإِمَامِ، لاَ لِمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَنَحْوُهَا،

خلاف ما تقدم عن المدونة. ولا يقال قوله في المدونة «ولا يقطع يده ورجله» يعني به من غير قتل، لأن قوله بعد «والقتل يأتي على ذلك» يرد به. وكذلك قوله «فأما الصلب مع القتل الخ» وكلام الشيخ أبي الحسن الصغير يدل على أن مراده في المدونة وأنه لا يقطع يده ورجله مع قتله. ونقله ابن يونس كلام المدونة بما هو كالصريح في ذلك فإنه قال: ولا تقطع يده ولا رجله. فهذا صريح في أن مراده أنه لا يجمع مع القتل قطع يد ولا رجل إذا لم يقل أحد أن قطع اليد الواحدة أو الرجل الواحدة حد للمحارب فتأمله.

فرع: من اعترف أنه قتل غيلة ثم رجع فإنه يقبل رجوعه. انظر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب السرقة. وكذلك إذا اعترف بالحرابة قاله في المدونة. ص: **(ولو جاء تائباً وليس للولي العفو)** ش: ظاهره أنه إذا جاء تائباً يتعين قتله وليس لوليه العفو وليس كذلك. قال في المدونة: وإذا أتى المحارب تائباً قبل أن يقدر سقط عنه ما يجب عليه من حدود الحرابة وثبت للناس ما عليه من نفس أو جرح أو مال، ثم للأولياء العفو فيمن قتل، وكذلك المجروح في القصاص. وإن كانوا جماعة قتلوا رجلاً ولي أحدهم قتله وباقيهم عون له فيؤخذون على تلك الحال قتلوا كلهم، وإن تابوا قبل أن يؤخذوا دفعوا إلى أولياء المقتول فيقتلون من شاؤوا منهم ويعفون عمن شاؤوا وأخذوا الدية ممن شاؤوا انتهى. ونقله ابن عرفة وابن الحاجب وغيرهما.

ولم يختلف فيه قول مالك **(ولو لكافر)** تقدم نص المدونة قتل عثمان مسلماً قتل ذمياً حرابة. **(أو بإعانة ولو جاء تائباً)** من المدونة: إن كانوا جماعة قتلوا رجلاً ولي أحد قتله والباقون عون له فأخذوا قتلوا كلهم وإن تابوا قبل أن يؤخذوا دفعوا إلى أولياء القتيل فقتلوا من شاؤا وعفوا عمن شاؤا وأخذوا الدية ممن شاؤا انتهى. انظر هذا مع إطلاق قوله: «ولو جاء تائباً». ومن المدونة أيضاً قال مالك: إذا أتى المحارب تائباً إلى الله قبل أن يقدر عليه سقط عنه حد الحرابة وثبت ما للناس عليهن من جرح أو مال أو نفس، ثم للأولياء العفو. ومن المدونة أيضاً: وقتل عمر ربية كانوا ناظوراً للباقين **(وليس للولي العفو)** محمد عن مالك وابن القاسم: إن ولي أحد المحاربين ين قتل رجل ممن قطعوا عليه ولم يعاونه أحد من أصحابه قتلوا أجمعون ولا عفو فيهم لإمام ولا ولي **(وندب لذي التدبير القتل)** ابن شاس: إن كان المحلوب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد فيه قتله أو صلبه لأن القطع لا يدفع ضرره **(والبطش والقطع)** ابن رشد: وإن لم يكن المحارب له تدبير إنما يخيف بقوة جسمة قطع من خلاف **(ولغيرها ولمن وقعت منه فلتة النفي والضرب)** ابن رشد: إن لم يكن للمحارب تدبير ولم يكن يخيف بقوة جسمه وأخذ بحضرة خروجه أخذ فيه بأيسر ذلك وهو الضرب والنفي. ابن الحاجب: تعين لذي البطش والتدبير القتل ولذي البطش القطع ولا يضرب بها ولغيرهما ولمن وقعت منه فلتة النفي ويضرب بها إن شاء **(والتعيين للإمام لا لمن قطعت يده ونحوها)** ابن الحاجب: والتعيين للإمام

وَغَرِمَ كُلٌّ عَنِ الْجَمِيعِ مُطْلَقاً، وَاتُّبِعَ: كَالسَّارِقِ، وَدُفِعَ مَا بِأَيْدِيهِمْ لِمَنْ طَلَبَهُ بَعْدَ الاسْتِيْنَاءِ وَالْيَمِينِ، أَوْ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ مِنَ الرُّفْقَةِ، لاَ لأَنْفُسِهِمَا وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ الْمُشْتَهِرُ بِهَا: ثَبَتَتْ، وَإِنْ لَمْ يُعَايِنَاهَا، وَسَقَطَ حَدُّهَا: بِإِتْيَانِ الإِمَامِ طَائِعاً، أَوْ تَرْكِ مَا هُوَ عَلَيْهِ.

ص: **(وغرم كل عن الجميع مطلقاً)** ش: قال ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الغصب: إذا اجتمع القوم في الغصب أو السرقة أو الحرابة، فكل واحد منهم ضامن لجميع ما أخذوه لأن بعضهم قوي ببعض كالقوم يجتمعون على قتل رجل فيقتل جميعهم به وإن ولي القتل أحدهم، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعاً انتهى. قال الدماميني في حاشية البخاري في قوله «لتجشمت لقاءه». وحكم الرد في جميع أحوال الإسلام حكم المقاتل، وكذلك رد المحاربين عند مالك والكوفيين. ص: **(وسقط حدها بإتيان الإمام طائعاً)** ش: تصوره واضح. وإذا سقط حد الحرابة بالتوبة لم يسقط حد الآدميين من قتل أو جرح أو مال على المعروف كما تقدم والله أعلم.

لا لمن قطعت يده أو فقئت عينه فإنه لا يقتص له **(وغرم كل عن الجميع مطلقاً)** ابن شاس: لو ولي أحد من المحاربين أخذ المال ثم ظفرنا بغيره فإنه إنما يلزم غرم جميع ذلك، كان قد أخذ من ذلك حصة أم لم يأخذ. ومن المدونة: إذا ولي أحدهم أخذ المال وكان الباقون له قوة ثم اقتسموا فتاب أحدهم ممن لم يل أخذ المال، فإنه يضمن جميع ما أخذ في سهمه وما أخذ أصحابه **(واتبع كالسارق)** من المدونة: إذا أخذ المحاربون المال ثم تابوا وهم عدماء فذلك عليهم ديناً وإن أخذوا قبل أن يتوبوا فأقيم عليهم الحد قطعوا أو قتلوا ولهم أموال أخذت أموال الناس من أموالهم، يريد ويسرهم متصل من يوم أخذه، وإن لم يكن لهم يومئذ مال لم يتبعوا بشيء مما أخذوا كالسرقة. انتهى نص ابن يونس **(ودفع ما بأيديهم لمن طلبه بعد الاستيناء واليمين)** من المدونة: وإذا أخذ المحاربون ومعهم أموال فادعاها قوم لا بينة لهم دفعت إليهم بعد الاستيناء في استبراء ذلك من غير طول، فإن لم يأت من يدعيها بشيء دفعت إليهم بعد أيمانهم بغير حميل ويضمنهم الإمام إياها إن جاء لذلك طالب ويشهد عليهم **(أو بشهادة رجلين من الرفقة لأنفسهما)** من المدونة: تجوز على المحاربين شهادة من حاربوه إن كانوا عدولاً بقتل أو مال، ولا تقبل شهادة أحدهم في نفسه وتقبل شهادة بعضهم على بعض **(ولو شهد اثنان أنه المشهور بها ثبتت وإن لم يعايناها)** ابن الحاجب: وتثبت بشهادة رجلين وإن من الرفقة لا لأنفسهما، ولو كان مشهوراً بالحرابة فشهد اثنان أنه فلان المشهور ثبتت الحرابة وإن لم يعاينوها **(وسقط حدها بإتيان الإمام طائعاً أو ترك ما هو عليه)** ابن رشد: قول جل أهل العلم أن توبة المحارب تقبل منه، ومذهب ابن القاسم أن توبته تكون بوجهين: أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام، والثاني أن يلقي السلاح ويأتي الإمام طائعاً. ابن شاس: الجناية السابعة الشرب والنظر في الموجب والواجب.

باب حد المسكر

بِشُرْبِ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ، مَا يُسْكِرُ جِنْسُهُ، طَوْعاً بِلاَ عُذْرٍ وَضَرُورَةٍ، وَظَنِّهِ غَيْراً وَإِنْ قَلَّ، أَوْ جَهِلَ وُجُوبَ الْحَدِّ، أَوِ الْحُرْمَةِ لِقُرْبِ عَهْدٍ، وَلَوْ حَنَفِيًّا يَشْرَبُ النَّبِيذَ، وَصُحِّحَ نَفْيُهُ: ثَمَانُونَ بَعْدَ صَحْوِهِ وَتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ، وَإِنْ قَلَّ، إِنْ أَقَرَّ، أَوْ شَهِدَا بِشُرْبٍ، أَوْ شَمٍّ،

باب

ص: (بشرب المسلم المكلف إلى قوله ثمانون بعد صحوه) ش: تصوره واضح.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: قال مطرف. وكان مالك يرى إذا أخذ السكران في الأسواق والجماعات قد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس أو روعهم بسيف شهره أو حجارة رماها وإن لم يضرب أحداً، أن تعظم عقوبته بضرب حد السكر ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه. وقد حكى عن مطرف عن مالك في الواضحة أنه يضرب الخمسين ومائة والمائتين ونحو ذلك ويكون الحد منهما وفيهما انتهى. ص: (أو شم) ش: انظر قول من قال لا

باب

(يجب بشرب المسلم المكلف ما يسكر جنسه طوعاً بلا عذر وضرورة) ابن رشد: الشرب الموجب للحد: شرب مسلم مكلف ما يسكن كثيره مختاراً لا لضرورة ولا عذر (أو ظنه غيراً) ابن عرفة: سقوط حد من يشرب مسكراً غلطاً واضح كقولها مع غيرها في وطء أجنبية كذلك، ولا حد أيضاً على من شرب مباحاً ظاناً أنه خمر لكن تسقط عدالته. قاله عز الدين. قال في قواعده: وعليه درك المخالفة (وإن قل) من المدونة: ما أسكر كثيره من الأشربة فقليله حرام (إن جهل وجوب الحد) ابن شاس: أما لو علم التحريم وجهل وجوب الحد لحد قولاً واحداً (أو الحرمة لقرب العهد) ابن المواز: من شربه ممن لا يعلم تحريمه كالأعجمي الذي دخل دار الإسلام ولا يعرف فلا عذر لأحد بهذا في سقوط الحد (ولو حنفياً يشرب النبيذ وصحح نفيه) الباجي: من تأول في المسكر من غير الخمر أنه حلال حد ولم يعذر. رواه محمد عن مالك وأصحابه. ولعل هذا فيمن ليس من أهل الاجتهاد، وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم فالصواب عدم حده. ابن عرفة: ومقلد مبيحه مثله، واختاره اللخمي في غير موضع (ثمانون) هذا هو المخبر عنه بقوله: «بشرب المسلم الخ» ابن عرفة: حده ثمانون فيها ويتشطر بالرق (بعد صحوه) من المدونة: لا يحد السكران حتى يصحو. زاد في سماع أبي زيد: ولو خاف أن يأتيه بشفاعة تبطل حده. وقال ابن سلمون: فخفف بعض التخفيف في الشراب. وروي أن رجلاً شرب فانطلق به إلى رسول الله ﷺ فلما حاذى دار العباس انفلت فدخلها فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك وقال: أفعلها ولم يأمر فيه بشيء (وتشطر بالرق) تقدم نص المدونة بهذا (إن أقر أشهد اثنان بشرب) ابن عرفة: يثبت بالبينة والإقرار كسائر الحقوق (أو شم) ابن عرفة: ويثبت بثبوت رائحة. أبو عمر: الحد بالرائحة وهو قول مالك وجمهور أهل الحجاز خلافاً للشافعي وغيره.

وَإِنْ خُولِفَا، وَجَازَ لِإِكْرَاهٍ، وَإِسَاغَةٍ، لاَ دَوَاءٍ، وَلَوْ طِلاَءً، وَالْحُدُودُ بِسَوْطٍ وَضَرْبٍ: مُعْتَدِلَيْنِ،

بد أن يكون الشاهد بالشم ممن شربها في حال كفره أو حال عصيانه وقد قالوا: إن من حد في حد لا تجوز فيه شهادته. **ص: (أو إساغة) ش:** يعني أنه يجوز شربها لإساغة غصة، وقد تقدم للمصنف نحو هذا في فصل «المباح طعام طاهر»، وهذا هو الظاهر. وجزم ابن عرفة بحرمتها للإساغة غير ظاهر. ونصه أشهب: الموجب للحد شرب مسلم مكلف ما يسكر كثيره مختار إلا لضرورة ولا عذر، فلا حد على مكره ولا ذي غصة وإن حرمت ولا غالط. ثم قال: والمكروه لا يحد لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه وهو الأظهر لعموم اعتباره في الطلاق ونحوه، ولا المضطر للإساغة لوضوح الشبهة. الشيخ قال مالك في المختصر: لا يشرب المضطر الخمر. الباجي في النوادر عن ابن حبيب: من غص بطعام وخاف على نفسه أن له أن يحوزه بالخمر. قاله أبو الفرج. **ص: (والحدود بسوط وضرب معتدلين) ش:** قال ابن عرفة: ولا يجوز الضرب في الحدود بقضيب ولا شراك ولا درة ولكن السوط، وإنما كانت درة عمر للأدب، فإذا وقعت الحدود قرب السوط. ثم قال بعد كلام لا يتعلق بالسوط ولأبي زيد عن ابن القاسم: أو ضرب

وقال ابن القاسم: إذا رأى الحاكم تخليطاً في قول أو شيء شبه السكران أمر باستنكاهه لأنه قد بلغ إلى الحاكم فلا يسعه إلا تحققه، وإذا لم يظهر عليه شيء من هذه الأحوال لم يستنكهه ولم يتجسس عليه. انتهى من المنتقى **(وإن خولف وجاز لإكراه)** أما جواز شرب الخمر إذا أكره على شربها فقال ابن العربي: اختلف في التهديد هل هو إكراه؟ والصحيح أنه إكراه، فإذا قاله له الظالم: إن لم تفعل كذا سجنتك أو أخذت مالك ولم يكن له ما يحميه من ذلك إلا الله، فله أن يقدم إلا على قتل غيره فلا يفدي نفسه بقتل غيره، واختلف في الزنا والصحيح أنه يجوز له الإقدام عليه ولا حد عليه خلافاً لابن الماجشون فإنه ألزمه الحد، لأنه رأى أنها شهادة خلقية لا يتصور عليها إكراه ولكنه غفل عن السبب في باعث الشهادة وأنه باطل، وإنما وجب الحد على شهادة بعث عليها سبب اختياري فقاس الشيء على ضده فلم يخل صواب من عنده. وانظر الفرق السابع والأربعين والمائتين لشهاب الدين: وأما الكفر فذلك جائز له بلا خلاف لكن على شرط أن يلفظ بلسانه وقلبه منشرح بالإيمان، ولما سمح الله في الكفر به عند الإكراه حمل العلماء عليه فروع الشريعة كلها. وأما سقوط الحد فقال ابن عرفة: المكره لا يحد لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه وهو الأظهر لعمومه في الطلاق ونحوه **(أو إساغة)** أما الجواز فقال ابن الحبيب: إن غص بطعام فله أن يجوزه بالخمر. وقال مالك: لا يزيده الخمر إلا شراً. ابن رشد: المضطر للإساغة لا يحد لوضوح تعليله. هذا يدل على أنه لو كان في شربها منفعة لجاز له شربها، وأما سقوط الحد فقال ابن عرفة: المضطر للإساغة لا يحد لوضوح الشبهة **(لا دواء ولو طلاء)** مالك: التداوي من القرحة بالبول أخف من التداوي فيها بالخمر. ابن رشد: لما جاء في الخمر إنها رجس ولم يأت في البول إلا أنه نجس. ابن شعبان: لا يتعالج بالمسكر وإن غسل بالماء ولا يداوى به دبر الدواب **(والحدود بضرب وسوط معتدلين)** من المدونة: صفة الضرب في الزنا

قَاعِداً، بِلاَ رَبْطٍ، وَشَدِّيدِ بِظَهْرِهِ، وَكَتِفَيْهِ،

على ظهره بالدرة أجزأه وما هو بالبين انتهى، ونص سماع أبي زيد المذكور. وقال ابن القاسم في رجل ضرب عبده الحد في الزنى بالدرة أجزأه قال: إن كان ضربه في الظهر أجزأه وما هو بالبين. قال ابن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم العتق من سماع عيسى انتهى، ونص ما في سماع عيسى المشار إليه. وسألت ابن القاسم عن رجل زنى عبده فضربه خمسين ضربة بغير سوط، هل يجزئه ذلك من الحد؟ قال: قال مالك: لا يضرب الحد إلا بالسوط. قال ابن رشد: سأله في هذه الرواية هل يجزئه ذلك من الحد فلم يجب على ذلك، وحكى له ما قال مالك من أن الحدود لا تضرب إلا بالسوط. وقال في سماع أبي زيد بعد هذا: إنه ضربه في الزنى بالدرة في ظهره أجزأه قال: وما هو بالبين. فيحمل قوله في سماع أبي زيد على التفسير لقوله في هذه الرواية لأنه وإن كان الواجب أن يضرب الحدود بالسياط كما قاله مالك فلا يجب أن يعاد عليه الضرب بالسياط إذا ضرب بالدرة إذ قد يكون من الدرر ما هو أوجع من كثير من السياط فلا يجمع عليه حدين إلا أن تكون الدرة التي ضرب بها لطيفة لا تؤلم ولا توجع، فلا بد من إعادة الحد بالسوط. انتهى من كتاب الحدود في القذف. وقوله «معتدلين» قال في الموطأ: إنه عليه السلام أوتي بسوط مكسور فقال فوق هذا، فأتي بسوط حديد فقال دون هذا، فأتي بسوط قد ركب به ولان فأمر به أي بالشخص المحدود فحد. قال الباجي في شرحه: قال عيسى بن دينار: الثمرة الطرف يريد أن طرفه محدود لم تنكسر حدته. فقال دون هذا فأتي بسوط قد ركب به ولا يريد أنه قد انكسرت حدته ولم يخلق ولم يبلغ مبلغاً لا يألم من ضرب به فاقتضى ذلك أنه يحد بسوط بين سوطين، والضرب في الحدود كلها سواء انتهى. وقال الجزولي: وإنما يضرب بالسوط وصفته أن يكون من جلد واحد ولا يكون له رأسان، وأن يكون رأسه ليناً، ويقبض عليه بالخنصر والبنصر والوسطى، ولا يقبض عليه بالسبابة والإبهام، ويعقد عليه عقدة التسعين ويقدم رجله اليمنى ويؤخر اليسرى انتهى. ص: **(بظهره وكتفيه)** ش: قال في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين: وسئل مالك عن عذاب اللصوص بالرهن وبهذه الخنافس التي تحمل على بطونهم فقال: لا يحل هذا إنما هو السوط أو السجن إن لم يجد في ظهره مضرباً فالسجن. قيل له: أرأيت إن لم يجد في ظهره مضرباً، أترى أن يسطح فيضرب في أليتيه؟ قال: لا والله،

والشرب والفرية والتعزير واحد، ضرب بين ضربين، ليس بالمبرح ولا بالخفيف، ولم يحد مالك ضم الضارب يده إلى جنبه. ولا يجزىء الضرب في الحدود بقضيب وشراك ولا درة ولكن السوط وإنما كانت درة عمر للأدب **(قاعداً بلا ربط ولا شديد بظهره وكتفيه)** محمد: لا يتولى ضرب الحد قوي ولا ضعيف ولكن وسط من الرجال ويضرب على الظهر والكتفين دون سائر الأعضاء والحدود

وَجُرِّدَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِمَّا يَقِي الضَّرْبَ، وَنُدِبَ جَعْلُهَا فِي قُفَّةٍ، وَعَزَّرَ الإِمَامُ لِمَعْصِيَةِ اللَّهِ

لا أرى ذلك إنما عليك ما عليك إنما هو الضرب بالسوط والسجن. قال: فقيل: أرأيت إن مات أيضاً بالسوط؟ قال: إنما عليك ما عليك. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأنه لا يصح أن يعاقب أحد فيما تلزمه فيه العقوبة إلا بالجلد أو السجن الذي جاء به القرآن. وأما تعذيب أحد بما سوى ذلك من العذاب فلا يحل ولا يجوز، وقد قال رسول الله ﷺ «إن الله ليعذب في الآخرة الذين يعذبون الناس في الدنيا»[1] انتهى بلفظه. والحديث رواه مسلم. وفي مختصر الوقار: والأدب أن يقنع بالسوط على رأسه أو يضرب بالدرة على ظهره أو على قدميه ولا يسطح أحد على بطنه في أدب ولا غيره. انتهى من باب القذف. **ص: (وجرد الرجل والمرأة مما يقي الضرب) ش:** ينبغي أن يكون قوله «مما يقي الضرب» راجعاً إلى المرأة فقط وهو ظاهر فتأمله والله أعلم. قال ابن عرفة: وسمع أبو زيد ابن القاسم في المرأة يكون عليها ثوبان في الحد قال: لا بأس بهما وينزع ما سوى ذلك. انتهى. **ص: (وعزر الإمام لمعصية الله) ش:** قال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب القذف: الأدب يتغلظ بالزمان والمكان. فمن عصى الله في الكعبة أخص ممن عصاه في الحرم، ومن عصاه في الحرم أخص ممن عصاه في مكة، ومن عصاه في مكة أخص ممن عصاه خارجها انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: يلزم التعزير لمن سرق ما لا قطع فيه والخلوة بالأجنبية ووطء المكاتبة ونحو ذلك من الاستمناء وإتيان البهيمة ولليمين الغموس والغش في الأسواق والعمل بالربا وشهادة الزور والتحليل والشهادة على نكاح السر، وكذلك الزوجان والولي إلا أن يعذروا بجهل فيجب على هؤلاء التعزير فقط، وتلزم العقوبة

قاعداً لا يربط ولا يمد وتخلى له يداه. **(وجرد الرجل والمرأة مما يقي الضرب)** من العتبية: ويجرد الرجل للضرب ويترك للمرأة ما يستر جسدها ولا يقيها الضرب **(وندب جعلها في قفة)** من المدونة: بلغ مالكاً إن بعض الأئمة أقعد المرأة في قفة فأعجبه ذلك. انتهى أبواب الجنايات. قال ابن شاس: الجنايات الموجبات للحد سبعة وما عدا هذه الجنايات ومقدماتها فيوجب التعزير وهو موكول إلى اجتهاد الإمام **(وعزر الإمام)** من المدونة: أما النكال والتعزير فيجوز فيه العفو والشفاعة وإن بلغ الإمام. وانظر الفرق السادس والأربعين والمائتين لشهاب الدين ذكر فيه أن الحدود مقدرة بخلاف التعزير والحد واجب إقامته بخلاف التعزير والحد تعبد، فحد من سرق ربع دينار أو مائة ألف دينار واحد بخلاف التعزير فبحسب الجناية، والحد في مقابلة المعاصي بخلاف التعزير فإنه يكون للمكلف والبهيمة والمجانين والتعزير يسقط بالتوبة بخلاف الحدود إلا الحرابة والحد يقام وإن لم يؤثر بخلاف التعزير فإن اليسير يسقط لعدم تأثيره، والكثير يسقط لعدم موجبه. قال ابن العربي: وأما الكفر فانظره قبل هذا **(لمعصية**

---

(١) رواه مسلم في كتاب البر حديث ١١٧، ١١٨، ١١٩. أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٢. أحمد في مسنده (٤٠٣/٣، ٤٠٤، ٤٦٨).

أَوْ لِحَقٍّ آدَمِيٍّ حَبْساً، وَلَوْماً، وَبِالإِقَامَةِ، وَنَزْعِ الْعِمَامَةِ، وَضَرْبٍ بِسَوْطٍ، أَوْ غَيْرِهِ، وَإِنْ زَادَ عَلَى الْحَدِّ، أَوْ أَتَى عَلَى النَّفْسِ،

على من حمى الظلمة وذب عنهم ومن دفع على شخص وجب عليه حق، ومن يحمي قاطع الطريق أو سارقاً ونحو ذلك، فإن من يحميه ويمنعه عاصٍ لله وتجب عقوبته حتى يحضره إن كان عنده وينزجر عن ذلك إلا أن يكون إحضاره إلى من يظلمه ويأخذ ماله أو يتجاوز فيه ما أمر به شرعاً، فهذا لا يحضره ولكن يتخلى عنه ويرتدع عن حمايته والدفع عنه انتهى. ومنه: ويؤدب من حلق شاربه، ومن طلق ثلاثاً في كلمة واحدة، ومن نكح بين الفخذين، ومن قام

الله أو لحق آدمي) ابن عرفة: موجب المعصية غير الموجبة حداً عقوبة فاعلها. ابن شاس: والسيد يعزر في حق نفسه وفي حق الله، والزوج يعزر في النشوز وما أشبهه، والأب يؤدب الصغير دون الكبير ومعلمه أيضاً يؤدبه. ومن ابن سلمون: إذا رفع للوالي أن في بيت فلان خمراً فإن أتاه بذلك رجل واحد ممن لا تجوز شهادته فلا يكشف عن ذلك ولا يهتك ستر مسلم بذلك، وإن أتاه بذلك عدول فشهدوا عنده على ألبت كشف عن ذلك وهراقها وضرب المشهود عليه إلا أن يكون ممن له حرمة وليس بمشهور بالسوء فيتركه ولا يكشفه. وإذا مشت امرأة مع أهل الفساد ثم يؤتى بها لم ينبغ للإمام أن يكشفها عما كانت فيه هل زنت أو كانت خرجت عن طوع ويؤدبها الإمام ولا يكشف عن شيء، ونقل هذه المسألة بنصها ورشحها بقوله ﷺ: «لعلك قبلت لعلك لمست». ومن تغامز مع امرأة أجنبية أو تضاحك معها ضرب عشرين سوطاً والمرأة كذلك. ومن حبس امرأة ضرب أربعين سوطاً، وإن طاوعته هي فكذلك. وإن قبلها ضرب خمسين سوطاً وهي كذلك إن طاوعته، وإذا قال رجل لآخر: سرقت متاعي فإن كان المدعى عليه ممن يتهم وإلا لزم القائل لذلك الأدب. وإذا شهد على رجل أنه يؤذي الناس بلسانه حبس ثلاثة أيام ويؤدب على قدر جرمه، وإن زاد شره أمره بالكف عن الجيران وإلا بيعت عليه داره وأكريت عليه. وأفتى بعض الفقهاء في الذي يؤذي الناس في المسجد بإخراجه من المسجد **(حبساً ولوماً)** مالك: من قال لرجل: يا كلب فذلك يختلف، فإن كانا معاً من ذوي الهيئة عوقب القائل عقوبة خفيفة يهان ولا يبلغ به السجن، وإن كان القائل من ذي الهيئة والمقول له من غير ذوي الهيئة عوقب بالتوبيخ ولا يبلغ به الإهانة ولا السجن، وإن كان القائل من غير ذوي الهيئة والمقول له من ذوي الهيئة عوقب بالضرب **(وبالإقامة ونزع العمامة)** ابن شاس: كانوا يعاقبون الرجل على قدره وقدر جنايته؛ منهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفاً على قدميه في المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره. ابن عرفة: ومما جرى به عمل من أنواع التعزير ضرب القفا مجرداً عن ساتر بالأكف. عياض: وحلف رجل بالطلاق في مجلس. سحنون: فأمر سحنون بصفع قفاه **(وضرب بسوط أو غيره)** ابن شاس: جنس التعزير لا يخصص بسوط أو يد أو حبس أو غيره **(وإن زائداً على الحد)** ابن عرفة: المشهور صحة الزيادة عن الحد باجتهاد الإمام لعظم جرح الجاني. ضرب عمر مائة لمن نقش على خاتمه. وقال أشهب: في مؤدب الصبيان إن زاد على ثلاثة أسواط اقتص منه **(أو أتى على النفس)** ابن شاس: لا يلزمه في التعزير

بشكية باطل فينبغي أن يؤدب وأقل ذلك الحبس ليندفع بذلك أهل الباطل واللدد. من أحكام ابن سهل قاله في شهادة السماع والأحباس والله أعلم.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن المكروه لا أدب فيه وصرح بذلك في باب الأيمان من التوضيح. قال في الحلف بغير أسماء الله تعالى: ويدخل في كلام ابن الحاجب الحلف بالطلاق والعتاق، وقد نصوا على تأديب الحالف بهما ولا يكون الأدب في المكروه انتهى. وقال في المدخل في فصل اللباس: وقد قال علماؤنا في تارك شيء من السنن: والأدب أن الواجب أن يقبح له فعله وأن يذم على ذلك، فإن أبى أن يرجع وإلا هجر من أجل ما أتى به من خلاف السنة انتهى. وقد نقل في رسم الجنائز والصيد من سماع أشهب من كتاب الذبائح عن سيدنا عمر التأديب في المكروه اهـ. وذلك أنه مر بشخص أضجع شاة يذبحها وجعل يحد الشفرة، فعلاه بالدرة وقال: هلا حددتها أوّلاً أو كما قال. وقد قال أصبغ: من ترك الوتر يؤدب. وقال سحنون: يجرح. والظاهر أنه لا يعارضه وأن من واظب على ترك المسنون أو على فعل المكروه فهو الذي يؤدب ويجرح ومن كان منه ذلك مرة لم يؤدب والله أعلم.

مسألة: قال في المسائل الملقوطة: قال القرافي: الحدود واجبة الإقامة على الأئمة، واختلفوا في التعزير فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله: إن كان الحق لله وجب كالحدود إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام. وقال الشافعي: غير واجب على الإمام انتهى. ثم قال مسألة: ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيها إذا كان الحق لآدمي، فإن تجرد عن حق الآدمي وانفرد به حق السلطنة كان لولي الأمر مراعاة حكام الأصلح في العفو والتعزير وله التشفيع فيه انتهى. وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح قوله «لتشفعوا ولتؤجروا». والشفاعة لأصحاب الحوائج والرغبات عند السلطان وغيره مشروعة محمودة مأجور عليها صاحبها بشهادة هذا الحديث وشهادة كتاب الله بقوله ﴿من يشفع شفاعة حسنة﴾ [النساء: ٨٥] الآية. على أحد التأويلين. وفيه أن معونة المسلم في كل حال لفعل أو قول فيها أجر وفي عمومه الشفاعة للمذنبين وهي جائزة فيما لا حد فيه عند السلطان وغيره، وله قبول الشفاعة فيه والعفو إذا رأى ذلك كما له العفو عنه ابتداء. وهذا فيمن كانت منه الفلتة والزلة وفي أهل الستر والعفاف أو من طمع بوقوعه عند السلطان. والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة، وأما المصرون على فسادهم المشتهرون في باطلهم فلا تجوز الشفاعة

الاقتصار على ما دون الحد ولا له انتهاء به إلى القتل، وأمر مالك بضرب شخص أربعمائه سوط وجد مع صبي مجرداً فانتفخ ومات ولم يستعظم ذلك مالك. انتهت الجنايات وموجبات التعزير. قال ابن شاس:

وَضَمِنَ مَا سَرَى: كَطَبِيبٍ جَهِلَ، أَوْ قَصَّرَ، أَوْ بِلاَ إِذْنٍ مُعْتَبَرٍ، وَلَوْ إِذْنَ عَبْدٍ بِفَصدٍ أَوْ حِجَامَةٍ، أَوْ خِتَانٍ، وَكَتَأْجِيجِ نَارٍ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ، وَكَسُقُوطِ جِدَارٍ مَالٍ، وَأُنْذِرَ صَاحِبُهُ، وَأَمْكَنَ تَدَارُكُهُ؛

لأمثالهم ولا ترك السلطان عقوبتهم لينزجروا عن ذلك وليرتدع غيرهم بما يفعل بهم، وقد جاء الوعيد في الشفاعة في الحدود انتهى.

ص: **(وضمن ما سري)** ش: قال في الجواهر: والتعزير جائز بشرط سلامة العاقبة فإن سرى ضمنت عاقلة المعزر بخلاف الحد. انتهى. ص: **(وكسقوط جدار مال وأنذر صاحبه وأمكن تداركه)** ش: قال في كتاب الديات من المدونة: والحائط المخوف إذا أشهد على ربه ثم عطب به أحد فربه ضامن، وإن لم يشهد به عليه لم يضمن وإن كان مخوفاً اهـ. ولم يبين عند

كتاب موجبات الضمان والنظر في ضمان سراية الفعل المأذون في عينه أو جنسه وضمان الصائل وإتلاف البهائم

النظر الأول في ضمان السراية. قال ابن القاسم: لا ضمان على طبيب وحجام وخاتن وبيطار إن مات حيوان بما صنعوا به إن لم يخالفوا. **(وضمن ما سرى كطبيب جهل أو قصر)** تقدم نص ابن شاس أن مثل الطبيب الخاتن والبيطار. قال ابن رشد: من مات من سقى طبيب أو ختن الحجام أو تقليعه ضرساً لم يضمنه إن لم يخطآ في فعلهما إلا أن ينهاهما الحاكم عن القدوم على ذي غرر إلا بإذنه، فمن خالفه ضمن في ماله. هذا ظاهر السماع. وما كان يخطأ في فعله كسقيه ما لا يوافق المرض أو تزل يد الخاتن أو يقلع غير الضرس المأمور بها، فإن كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه فذلك، خطأ تحمل عاقلته الثلث فصاعداً. وإن غر من نفسه عوقب بالضرب والسجن، وفي كون أرش الجناية إلى الخطأ أو في ماله قولان **(أو بلا إذن معتبر)** ابن الحاجب: فإن كان جاهلاً به أو لم يؤذن له فلا ضمان كالخطأ وإذن العبد أن يحجمه غير مفيد **(ولو أذن عبد في فصد أو حجامة أو ختان)** قال مالك: فإن أمره عبد أن يختنه أو يحجمه أو يقطع عرقه ففعل فهو ضامن ما أصاب العبد في ذلك أو فعله بغير إذن سيده علم أنه عبداً أو لم يعلم. وقيل: هذا ظاهر بالنسبة للختان لا بالنسبة للحجامة **(وكتأجيج نار في يوم عاصف)** من المدونة: من أرسل في أرضه ناراً أو ماء فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يوصل ذلك إليها فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن من ذلك لقربها فهو ضامن. ابن رشد: مثل هذا ما في العتبية في رجل طبخ سكراً في قدر سترها عن أعين الناس بقصب وكان صبي خلف القصب نائماً لا علم للطابخ به ففارت القدر بما فيها فأصاب الصبي ما خرج منها فمات لا شيء عليه. ابن عبد السلام: الضمان في مسألة الكتاب إنما هو فيما قصده بالتعدي حيث أوقد النار عند هبوب الريح **(وكسقوط جدار مال وأنذر صاحبه)** من المدونة: والحائط المخوف إذا أشهد على ربه ثم عطب به أحد فربه ضامن، وإن لم يشهد عليه لم يضمن وإن كان مخوفاً. ابن عرفة: فإذا لم يضمن في المائل لعدم الإشهاد فأحرى في غير المائل **(وأمكن تداركه)** ابن شاس: إن مال الحائط ولم يتدارك مع الإمكان

من يكون الإشهاد، قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ومعناه عند القاضي أو من له النظر في ذلك ولا ينفع الإشهاد إذا لم يكن كذلك إذا كان رب الحائط منكراً لميلانه بحيث يخشى عليه السقوط، وأما إن كان مقراً فإنه يكتفي بالإشهاد وإن لم يكن عند حاكم. قاله بعض القرويين. وقال ابن الماجشون: لا يضمن إلا إذا قضى عليه السلطان بالهدم فلم يفعل. وقال أشهب: إذا بلغ الحائط ما لا يجوز لصاحبه تركه لشدة ميلانه فهو متعد ضامن، أشهد عليه أم لا انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع يحيى من كتاب السلطان: قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن جدار رجل بين داره ودار جاره مال ميلاً شديداً حتى خيف انهدامه، أترى السلطان إذا شكى ذلك جاره ومن يخاف من إذاتيه وضرره أن يأمر صاحبه بهدمه؟ فقال: نعم، ذلك واجب عليه أن يأمر بهدمه. قلت له: فإن شكى إليه ما يخاف انهدام الجدار فلم يهدمه حتى انهدم على إنسان أو دابة أو بيت لصق به فقتل أو هدم ما سقط عليه: أيضمن ذلك صاحب الجدار؟ قال: نعم يضمن كل ما أصاب الجدار بعد الشكية إليه والبيان له. قال يحيى: وإن لم يكن ذلك بسلطان فإنه ضامن إذا انهدم وأشهد عليه. قال ابن رشد: قول يحيى إنه ضامن لما أفسد الحائط إذا انهدم بعد التقدم إليه والإشهاد عليه وإن لم يكن ذلك بسلطان، مفسر لقول ابن القاسم ومثل ما في المدونة اهـ. وقد قيل: إنه لا ضمان عليه إلا فيما أفسد بانهدامه بعد أن قضى عليه السلطان بهدمه ففرط في ذلك وهو قول عبد الملك وقول ابن وهب في سماع زونان. وقد قيل: إنه ضامن لما أصاب إذا تركه بعد أن بلغ حداً كان يجب عليه هدمه وإن لم يتقدم إليه ولا أشهد عليه وهو قول أشهب وسحنون انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا كانت الدار مرهونة أو مكتراة لم ينفعهم الإشهاد إلا على ربها. فإن غاب وقع أمره إلى الإمام ولا ينفعهم الإشهاد على الساكن إذ ليس لهم هدم الدار انتهى. وقال في النوادر في ترجمة الكلب العقور والجمل الصؤل من كتاب الديات الثاني عن سماع أشهب: إنه لا ضمان على ربها ولا على ما هي بأيديهم ولو أمرهم السلطان بالهدم والبناء فلا شيء عليهم. قال محمد ابن عبد الحكم: وينبغي للقاضي إذا كان الحائط مخوفاً لا يمهل أصحابه أن يحضروا حتى يهدم أعلا المكان، فإن لم يحضروا أمر بهدمه وأنفق على ذلك من نقضه إن لم يجد لهم مالاً، فإن كان الصبي في ولاية أب أو وصي فإليهما يتقدم السلطان، فإن لم يفعل من قدم ذلك إليه حتى سقط فما أفسد أو قتل كان ذلك في ماله من أب أو وصي دون مال الصبي إذا أمكن الهدم وتركاه انتهى.

تنبيه: إذا كان رب الحائط غائباً وكان له وكيل وتقدم إليه فلم يفعل حتى سقط الحائط، فهل يضمن ذلك في ماله؟ لم أر فيه نصاً صريحاً، والظاهر أنه يضمن قياساً على الأب والوصي فتأمله والله أعلم.

أَوْ عَضَّهُ فَسَلَّ يَدَهُ فَقَلَعَ أَسْنَانَهُ،

تنبيه: قال ابن رشد في أول سماع يحيى من كتاب السلطان إثر كلامه المتقدم: والضمان في ذلك لا يتعدى المال إلى العاقلة عند ابن القاسم. كذا روى عيسى عنه في رسم لم يدرك من كتاب الديات. وهو ظاهر قوله في هذه الرواية. وروى رونان في سماعه عن ابن وهب أن العاقلة تحمل من ذلك الثلث فصاعداً، وهو قول مالك رواه عنه أشهب وابن عبد الحكم. انتهى ص: **(أو عضه فسل يده فقلع أسنانه)** ش: هذا معطوف على ما فيه الضمان ولم يعين ما الذي يضمنه، هل دية الأسنان أو القود؟ وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: ولو عضه فسل يده ضمن أسنانه على الأصح يعني دية الأنسان والأصح عبر عنه المازري وغيره بالمشهور ونقل مقابله عن بعض الأصحاب وهو أظهر لما في الصحيحين عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثناياه، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال: يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل، لا دية لك. زاد أبو داود: إن شئت أن تمكنه من يدك فيعضها ثم تنزعها من فيه. وقال ابن المواز: الحديث لم يروه مالك ولو ثبت عنده لم يخالفه. وتأوله بعض شيوخ المازري على أن المعضوض لا يمكنه النزع إلا بذلك، وحمل تضمين بعض الأصحاب على أنه يمكنه النزع برفق بحيث لا تنقلع أسنان العاض فصار متعدياً بالزيادة فلذلك ضمنوه اهـ. وقال القرطبي في شرح مسلم: قوله ﷺ: «لا دية لك» وفي رواية «فأبطله» وقوله فأبطله هذا نص صريح في إسقاط القصاص والدية في ذلك ولم يقل أحد بالقصاص فيما علمت انتهى. وإنما الخلاف في الضمان فأسقطه أبو حنيفة وبعض أصحابنا. وضمنه الشافعي وهو مشهور مذهب مالك. ونزل بعض أصحابنا القول بالضمان على ما إذا أمكنه النزع برفق فنزعها بعنف، وحمل بعض أصحابنا الحديث على أنه كان متحرك الثنايا وهذا يحتاج إلى حطم وأزمة. ولا ينبغي أن يعدل عن صريح الحديث انتهى. وما ذكره عن مذهب الشافعي خلاف ما ذكره النووي من موافقة أبي حنيفة وهو أعرف بمذهبه. وفي مسلم: «ادفع يدك حتى يعضها ثم انتزعها». قال القرطبي: هو أمر على جهة الإنكار كما قال ﷺ في الرواية الأخرى: «بم تأمرني تأمرني أن آمره أن يدع يده في فيك كما يقضم الفحل» فمعناه أنك لا تدع يدك في فيه يقضمها ولا يمكن أن يؤمر بذلك انتهى. زاد النووي: فكيف تنكر عليه أن ينزع يده من فيك وتطلبه بما جنى في جذبه كذلك قاله القاضي انتهى. ويقضمها بفتح الضاد مضارع قضم بكسرها. يقال قضمت الدابة شعيرها إذا أكلته بأطراف أسنانها. وخضمت بالخاء المعجمة إذا أكلت بفيها كله. ويقال الخضم أكل الرطب، والقضم أكل

والإنذار والإشهاد وجب الضمان. ابن عرفة: جعل ابن شاس الإمكان شرطاً صواب. **(أو عضه فسل يده فقلع أسنانه)** ابن الحاجب: لو عضه فسل يده ضمن أسنانه ابن عرفة: قال غير واحد: إن هذا هو المشهور. المازري عن بعض شيوخه عن بعض المحققين: إنما ضمنه من ضمنه لإمكانه النزع برفق،

أَوْ نَظَرَ لَهُ مِنْ كَوَّةٍ فَقَصَدَ عَيْنَهُ، وَإِلاَّ فَلاَ: كَسُقُوطِ مِيزَابٍ أَوْ بَغْتِ رِيحٍ لِنَارٍ: كَحَرْقِهَا قَائِماً لِطَفْيِهَا، وَجَازَ دَفْعُ صَائِلٍ

اليابس. ومنه قول الحسن: «تخضمون ويقضم والموعد القيامة». انتهى من القرطبي. والفحل ذكر الإبل. ص: **(أو نظر له من كوة فقصد عينه وإلا فلا)** ش: هذا أيضاً معطوف على ما فيه الضمان ولم يبين المضمون أيضاً هل هو القود أو الدية؟ واعلم أن الذي يقتضيه كلام المازري وغيره من الأشياخ أن هذه المسألة كالتي قبلها. قال المازري في المعلم في شرح الحديث الأول: ومن هذا المعنى لو رمى إنسان أحداً ينظر إليه في بيته فأصاب عينه، فاختلف أصحابنا أيضاً في ذلك: فالأكثر منهم على إثبات الضمان، والأقل منهم على نفي الضمان، وبالأول قال أبو حنيفة. وبالثاني قال الشافعي. فأما في الضمان فلقوله ﷺ: «لو أن أحد اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح» وأما إثبات الضمان فلأنه لو نظر إنسان إلى عورة إنسان بغير إذنه لم يستبح فقء عينه، فالنظر إلى الإنسان في بيته أولى أن لا يستباح به. ومحمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبهه على أنه فطن به أو ليدافعه عن ذلك غير قاصد فقء عينه فانفقأت عينه خطأ فالجناح منتف وهو الذي نفي في الحديث، وأما الدية فلا ذكر لها انتهى. وذكر القرطبي في شرح مسلم نحوه فدل هذا الكلام على أن القائلين بالضمان يقولون به. سواء قصد فقء عينه أو لا. إلا أنه إن لم يقصد فقء عينه ففعله جائز، وإنما يضمن الدية، وإن قصد فقء عينه فلا يجوز فعله ويضمن. والظاهر أن المراد حينئذ بالضمان القود وصرح به ابن شاس والقرافي وابن الحاجب. قال في الجواهر: ولو نظر إلى حريم إنسان من كوة أو صر باب لم يجز أن يقصد عينه بإبرة أو غيرها وفيه القود إن فعل، ويجب تقدم الإنذار في كل دفع وإن كان الباب مفتوحاً فأولى أن لا يجوز قصد عينه. انتهى ونحوه في الذخيرة. وعلى هذا فيكون الضمان عليه أثبته المصنف بقوله: «أو نظر من كوة فقصد عينه» هو القود والذي نفاه بقوله: «وإلا فلا» هو القود أيضاً دون الدية والله أعلم. قال في التوضيح: والصِر بكسر الصاد شق الباب. قاله الجوهري انتهى. ص: **(وجاز دفع صائل)** ش: انظر هل

وحملوا الحديث في مسلم لا دية له على هذا **(أو نظر له من كوة فقصد عينه فقأها)** ابن بشير: من هذا المعنى لو رمى إنسان من ينظر إليه في بيته فأصاب عينه فأكثر أصحابنا على إثبات الضمان، وأقلهم على نفيه للحديث الصحيح. قال ابن شاس: لو نظر له من كوة لم يجز أن يقصد عينه عوراء أو غيرها وفيه القود إن فعل **(وإلا فلا)** تقدم إن لم يشهد عليه لم يضمن **(كسقوط ميزاب)** ابن شاس: من سقط ميزابه على رأس إنسان فلا ضمان عليه **(أو بعث ريح لنار)** تقدم نص المدونة: إن تحاملت الريح بنار فلا شيء عليه **(كحرقها قائماً لطفئها)** أشهب: لو كانوا لما خافوا على زرعهم قاموا لردها فأحرقتهم فديتهم هدر لا على عاقلة ولا غيرها **(وجاز دفع صائل)** ابن يونس في كتاب محمد

بَعْدَ الإِنْذَارِ لِلْفَاهِمِ، وَإِنْ عَنْ مَالٍ وَقَصْدُ قَتْلِهِ، إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ لاَ يَنْدَفِعُ إِلاَّ بِهِ، لاَ جُرْحٍ، إِنْ قَدَرَ عَلَى الْهَرَبِ مِنْهُ، بِلاَ مَشَقَّةٍ، وَمَا أَتْلَفَتْهُ الْبَهَائِمُ لَيْلاً، فَعَلَى رَبِّهَا، وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيمَتِهَا بِقِيمَتِهِ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ، لاَ نَهَاراً إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا رَاعٍ، وَسُرِّحَتْ بُعْدَ الْمَزَارِعِ، وَإِلاَّ: فَعَلَى الرَّاعِي.

مراده بالجواز المستوي الطرفين كما هو اصطلاحه هو وغيره من المتأخرين، أو مراده بالجواز جواز الإقدام حتى يشمل الوجوب؟ وظاهر كلام ابن العربي فيما نقل عنه في الذخيرة في هذا المحل وفي الفروق في الفرق السابع والأربعين بعد المائتين. أن الحكم في دفع الصائل الجواز المستوي الطرفين. وذكر القرطبي وابن الفرس في الوجوب قولين قالا: والأصح الوجوب فانظر

وغيره في الجمل إذا صال على الرجل فخافه على نفسه فقتله لا شيء عليه **(بعد الإنذار لفاهم وإن عن مال)** انظر قبل هذا عند قوله: «فيقاتل بعد المناشدة» **(وقصد قتله إن علم أنه لا يندفع إلا به)** تقدم نص سحنون قد حل حين نصب للحرب. وقال ابن العربي: لا يقصد المصول عليه القتل إنما ينبغي أن يقصد الدفع فإن أدى إلى القتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فجائز قصد قتله ابتداء **(لا جرح إن قدر على الهرب بلا مضرة)** ابن العربي: لو قدر المصول عليه على الهروب من غير ضرر يلحقه لم يجز له الدفع بالجراح، فإن لم يقدر فله دفعه بما يقدر. ابن عرفة: هذا كقول ابن رشد وغيره إذا تعارض ضرر إن ارتكب أخفهما **(وما أتلفته البهائم ليلاً فعلى ربها)** الباجي: قال مالك والشافعي: ما أصابت الماشية بالنهار فلا ضمان على أربابها، وما أصابت بالليل ضمنوه. قال مالك: وسواء كان محظراً عليه أو غير محظر. ابن القاسم: وجميع الأشياء في ذلك سواء. الباجي: وهذا في موضع تتداخل فيه المزارع والمراعي **(وإن زاد على قيمتها)** روى ابن القاسم أن الواجب في ضمانه قيمته وإن كانت أكثر من قيمة الماشية. ابن رشد: يريد وليس له أن يسلم الماشية في قيمة ما أفسدت بخلاف العبد الجاني فإنه مكلف والماشية ربها هو الجاني **(بقيمته على الرجاء والخوف)** ابن رشد: إن أفسدت الماشية الزرع وهو صغير فيه قيمته لو كان يحل بيعه على الرجاء والخوف اهـ. انظر لو أخلف وهل يغرم طعاماً. انظر فصل التعدي من ابن سلمون **(لأنها إن لم يكن معها راع وسرحت بعد المزارع وإلا فعلى الراعي)** ابن الحاج: إذا قلنا بضمان ما أفسدت الماشية فهل يتعلق الضمان بأربابها أو برعاتها، تكلمت فيها مع ابن رشد فظهر له أن الضمان على الرعاة، ويحتمل أن يكون الضمان على أربابها لأن الراعي أجير يحلف ما ضيع ولا فرط ويغرم رب الماشية. انظر قبل هذا في الإجارة عند قوله: «وأجبر كالبيع». ابن سلمون: وإذا عدت بهيمة على أخرى فقتلتها فلا شيء في ذلك. أبو عمر: وكذلك إذا انفلتت ليلاً أو نهاراً فركبت على رجل نائم فجرحته أو قتلته لأن جرح العجماء جبار. أبو عمر: وإنما يسقط الضمان نهاراً عن أرباب الماشية إذا أطلقت دون راع، وإن كان معها راع فلم يمنعها فهو كالقائد والراكب والسائق، وقد ضمن مالك القائد والسائق والراكب. وقال الباجي: من المواضع ضرب تنفرد فيه المزارع والحوائط ليس بمكان مسرح هذا لا يجوز إرسال المواشي فيه، وما أفسدت فيه ليلاً أو نهاراً فعلى أربابها. الباجي: وضرب ثالث جرت عادة الناس بإرسال مواشيهم فيه ليلاً أو نهاراً

ذلك، وانظر الأبي في شرح قوله عليه السلام: «من مات دون ماله فهو شهيد»[1]. وفي منع فضل الماء حتى مات الممنوع في كتاب الأيمان من مسلم. وانظر مسألة من وجد مع امرأته رجلاً فقتله في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب القذف. وفي الجزء الرابع من كتاب الديات من النوادر، وفي كتاب الحدود في الزنا منها، وفي الفصل السابع من القسم الثالث من التبصرة.

فأحدث رجل فيه زرعاً لا ضمان فيها على أهل المواشي ليلاً أو نهاراً. وانظر إحياء الموات من ابن عرفة أن قول ابن القاسم النحل والحمام والدجاج كالماشية لا يمنع من اتخاذها وعلى أهل القرية حفظ زروعهم. وقال ابن عرفة: والصواب بخلاف قول ابن القاسم. ابن شاس:

(١) رواه الترمذي في كتاب الديات باب ٢١. أبو داود في كتاب السنة باب ٢٩.

كتاب العتق

....

كتاب العتق

قال في الصحاح: العتق الكرم. يقال ما أبين العتق في وجه فلان يعني الكرم. والعتق الجمال. والعتق الحرية، وكذلك العتاق بالفتح والعتاقة. يقال منه عتق العبد يعتِق بالكسر عتقاً وعتاقاً وعتاقة فهو عتيق وعاتق وأعتقته أنا انتهى. ثم قال: وعتق الشيء بالضم عتاقة أي قدم وصار عتيقاً، وكذلك عتق يعتق مثل دخل يدخل فهو عاتق انتهى. ثم قال: وعتاق الطير الجوارح منها والأرحبيات العتاق النجائب منها انتهى. يعني أنه بكسر العين والأرحبيات الإبل. قال في الصحاح: وأرحب قبيلة من همذان ينسب إليها الأرحبيات من الإبل انتهى. وقال القاضي عياض في المشارق: يقال عتق المملوك يعتق عتقاً وعتاقة بالفتح فيهما. قال الخليل: وعتَاقاً بالفتح أيضاً. قال غيره: والاسم منه العتق بالكسر والعَتاق بالفتح، ولا يقال عتق إنما هو أعتق إذا أعتقه سيده انتهى. وقال في التنبيهات: العتق والعتاق بالفتح فيهما، وعتق الغلام وأعتقه سيده فهو عتيق، وعبيد عتقاء وأمة عتيقة ولا يقال عاتق ولا عواتق إلا أن يراد مستقبل أمره فهو عاتق غداً. ولا يقال عُتق الغلام بضم العين ولكن أعتق، ومعنى العتق ارتفاع الملك انتهى. وقوله في التنبيهات: «ولا يقال عاتق» مخالف لما تقدم في الصحاح. وقال في القاموس: العِتق بالكسر الكرم والجمال والنجابة والشرف والحرية، وبالضم جمع عتيق وعاتق المنكب والحرية. عتق العبد يعتق عَتقاً ويفتح، وبالفتح المصدر، وبالكسر الاسم. وعتاقاً وعتاقة بفتحها خرج عن الرق فهو عتيق وعاتق الجمع عتائق. ثم قال: والعتق بالكسر ويضم للموات كالحمر والتمر وككتاب من الطير الجوارح ومن الخيل النجائب انتهى.

وقال ابن حجر في فتح الباري في باب ما يستحب من العتاقة في الكسوف من كتاب العتق: العَتاقة بفتح العين ووهم من كسرها. يقال عتق يعتق عتاقاً وعتاقة والمراد الإعتاق وهو ملزوم العتاقة. ثم قال بعد ذلك: وإلا فقد عتق ما عتق. قال الداودي: هو بفتح العين من الأول

كتاب العتق

وهو من أفضل الأعمال والنظر في أركانه وخواصه. أما الأركان فثلاثة: المعتق والرقيق والصيغة.

ويجوز الفتح، والضم في الثاني. وتعقبه ابن التين بأنه لا يقله غيره وإنما يقال عتق بالفتح وأعتق بضم الهمزة لأن الفعل لازم غير متعد. وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قال صاحب المحكم: العتق خلاف الرق. عتق يعتق عتقاً وعتقاً وعتاقاً وعتاقة فهو عتيق وحلف بالعتاق أي بالإعتاق انتهى. فتحصل من هذا أنه يقال العِتق بكسر العين وفتحها، والعتاق والعتاقة بفتحها فقط، وأنه يقال عتق يعتق كضرب يضرب، ولا يقال عُتق بضم العين والله أعلم. وقال في الذخيرة: والعتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصوها، والبيت الحرام عتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة، وفي الشرع خلوص الرقبة من الرق انتهى. وقيل: سمي البيت عتيقاً لأنه أول بيت وضع للناس، وقيل لخلوصه من الطوفان، وقيل لخلوصه من أيدي الجبابرة والله أعلم. وأما في الشرع فقال ابن عبد السلام: استغنى ابن الحاجب عن تعريف حقيقته لشهرتها عند العامة والخاصة فقال ابن عرفة: يرد قوله بأن ذلك من حيث وجودها لا من حيث إدراك حقيقتها، بل كثير من المدرسين لو قيل له ما حقيقة العتق لم يجب بشيء، ومن تأمل وأنصف أدرك ما قلناه والله أعلم بمن اهتدى انتهى، وعرفه في التبيهات وابن رشد كالقرافي بأنه ارتفاع الملك عن الرقيق وليس بمانع كما سيأتي في الكلام ابن عرفة فإنه قال: العتق رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حي. فخرج بحقيقي استحقاق عبد بحرية، وخرج بسباء محرم فداء المسلم من حربي سباه أو ممن صار له منه، وخرج بقوله: «عن آدمي حي» رفعه عنه بموته انتهى. وقوله: «ملك يصدق» برفع ملك وانتقاله إلى ملك آخر فتأمله، فيكون غير مانع. وكذلك يصدق على عبد الحربي إذا أسلم وبقي عند سيده حتى غنمه المسلمون فإنه حر على المشهور وليس هذا عتقاً اصطلاحاً. وكذلك يصدق حده على وقف الرقيق على مقابل المشهور القائل بأن ملك الواقف ارتفع عن الموقوف فتأمل ذلك. ولو قال رفع الملك الحقيقي الكائن لمسلم عن آدمي حي من غير تحجير منفعته، لسلم فيما يظهر من جميع ما يريد عليه ويكون اللام في الملك للحقيقة والله أعلم.

وقوله: «عن آدمي حي» يؤخذ منه صحة عتق من في السياق. قال في المسائل الملقوطة: لو أعتق من في سياق الموت الظاهر صحة العتق لأنه لو عاش لم يعد رقيقاً فترتب عليه أحكام الحرية ويصلى عليه في صف الرجال الأحرار ويحاز ولاؤه لمعتقه، ولو قذفه أحد في تلك الحال بعد العتق حد له على أنه حر. وكذلك لو أجهز عليه أحد فقتله وهو في السياق فحكمه حكم الحر لا حكم العبد، ففي النظر هل يحصل له من الثواب في عتق ثواب من أعتق صحيحاً ولا شك أنه خلصه من الرق ولأنه قابل لأن يهبه لرجل بغير ثواب، فكذلك تنجيز عتقه لله تعالى من تسهيل المهمات في قوله: «ولا يباع من في السياق» انتهى. وحكمه الندب وهو من أفضل الأعمال وأعظم القربات، ويدل على عظيم قدره ما في الصحيح من حديث أبي هريرة. قال: قال رسول الله ﷺ: «لن يجزي ولد والده إلا أن

يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»[1]. قال في التوضيح: وكان الوالد لما كان سبباً لوجود الولد وذلك من أعظم النعم فالذي يشبه ذلك إخراج الولد لوالده من عدم الرق إلى وجود الحرية لأن الرقيق كالمعدوم، وربما كان العدم خيراً منه انتهى. ونحوه للقاضي أبي بكر بن العربي في قوله تعالى: ﴿وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾ [الإسراء: ٢٤] وقال في الذخيرة: وفي الصحيحين قال رسول الله ﷺ: «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق بكل أرب منها أرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج»[2]. ثم قال: قال اللخمي: ظاهر الحديث يقتضي أنه إذا أعتق ناقص عضو لا تحجب النار عن الذي يقابله وهو ممكن لأن الألم يخلقه الله في أي عضو شاء كما في الصحيح: «إن الله حرم على النار أن تأكل موضع السجود»[3] انتهى. والأرب العضو.

قال في التوضيح: روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه حتى فرجه بفرجه»[4] وفي الترمذي وصححه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «أيما امرىء مسلم أعتق امرأ مسلماً كان فكاكه من النار يجزىء كل عضو منه عضواً منه، وأيما امرىء مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانت فكاكه من النار يجزىء كل عضو منهما عضواً منه، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانتا فكاكها من النار يجزي كل عضو منها عضواً منها»[5]. قيل: ولعل هذا لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل انتهى. والعتق وإن كان مندوباً فقد يجب.

قال في اللباب: ولوجوبه عشرة أسباب: إصدار الصيغة والكتابة والتدبير والإيلاد والمثلة والسراية والقرابة. ويضاف إلى ذلك اليمين بالعتق والنذر به وقتل الخطأ والظهار وكفارة اليمين إن اختار العتق فتكون اثني عشر انتهى. وذكر في التنبيهات أن أسبابه عشرة وعد ثلاثة عشر ثم ألحق بهم وجهين آخرين. قال: والعتق مندوب إليه في الجملة ويجب أحياناً بعشرة أسباب:

---

(١) رواه مسلم في كتاب العتق حديث ٢٥. أبو داود في كتاب الأدب باب ١٢٠ الترمذي في كتاب البر باب ٨. ابن ماجة في كتاب الأدب باب ١.

(٢) رواه مسلم في كتاب العتق حديث ٢١. أحمد في مسنده (٢/٤٢٠، ٤٢٢، ٤٢٩، ٤٣١).

(٣) رواه النسائي في كتاب التطبيق باب ٨١. بلفظ: «إن النار تأكل كل شيء من ابن آدم إلا موضع السجود».

(٤) رواه البخاري في كتاب الكفارات باب ٦. مسلم في كتاب العتق حديث ٢٢، ٢٣. الترمذي في كتاب النذور باب ١٤. أحمد في مسنده (٢/٤٢٠، ٤٢٢).

(٥) رواه مسلم في كتاب العتق حديث ٢٢ـ ٢٥. أبو داود في كتاب العتق باب ١٤. الترمذي في كتاب النذور باب ١٤، ٢٠ النسائي في كتاب الجهاد باب ٢٦. ابن ماجة في كتاب العتق باب ٤. أحمد في مسنده (٢/٤٢٠، ٤٢٩، ٤٣١، ٤٤٧، ٥٢٥) (٤/١١٣، ١٤٧، ١٥٠، ٢٣٥) (٥/٢٩، ٢٤٤).

بإلزام الرجل ذلك نفسه، وتبتيله عتق مملوكه ابتداء، وبنذره ذلك لأمر كان أو يكون، وبالحنث في يمين بذلك أو بحمل مملوكته منه أو بعتقه بعضه فيبتل عليه باقيه، أو بالتمثيل به أو بشرائه من يعتق عليه، أو بقتل النفس خطأ، أو بوطء المظاهر، أو بكتابة العبد، أو مقاطعته على مال، أو خدمته بذلك. ويلحق بذلك وجهان آخران وهما كفارة اليمين بالله، وكفارة الفطر في رمضان عمداً إلا أن الفرض في هذين موضوع للتخيير بينه وبين غيره وإنما يتعين بتعيين المكفر انتهى. إلا أن يكون قوله بإلزام الرجل ذلك نفسه وتبتيله عتق مملوكه سبباً واحداً وهو الظاهر. وكذلك قوله: «أو بمكاتبة العبد الخ» فيكون حينئذ عشرة أسباب فقط وهو الظاهر. وقال في اللباب عقب ذكره الأسباب المتقدمة: ويجب أن يعلم أن ما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب. ألا ترى أنه قد وعد بالمغفرة على أسباب كثيرة تكاد تخرج عن الحصر فقال رسول الله ﷺ: «صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية» و«صوم يوم عاشوراء يكفر الماضية» و«رمضان إلى رمضان يكفر ما بينهما» و«الصلوات الخمس يكفرن ما بينهن» و«إذا توضأ خرجت الخطايا من بين أشفار عينيه». وقد قلت لشيخنا شهاب الدين رحمه الله. إذا كان يوم عرفة يكفر الماضية والآتية فأي شيء يكفر يوم عاشوراء وكذلك ما ذكرناه؟ فقال لي: ذلك دليل على أنه تعالى مريد للمغفرة لعباده فإن العبد إذا أخطأه سبب لا يخطئه غيره، وما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب فتنبه لذلك انتهى. وحكمة مشروعيته قال في اللباب: هي التنبيه على شرف الآدمي وتكرمته فإن الرق إذلال له والترغيب في مكارم الأخلاق وتعاطي أسباب النجاة من النار انتهى.

فرع: قال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في عتق الإماء والعبيد أيهما أفضل؟ فقال: اختلف العلماء في ذلك؛ فمنهم من قال إن عتق الأكثر ثمناً منهم أعلا في الأجر ذكراً كان أو أنثى. لأن رسول الله ﷺ سئل أي الرقاب أفضل؟ فقال: أعلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها ولم يخص ذكراً من أنثى. وأما إذا استوى الذكر والأنثى فعتق الذكر أفضل كما أن عتق الأفضل في الدين من العبدين والأمتين أفضل وهذا لا اختلاف فيه، وإنما اختلف في الأفضل من عتق الكافر أو المسلم إذا كان الكافر أكثر ثمناً فقيل: إن عتق الأكثر ثمناً أفضل وإن كان كافراً لعموم الحديث. وقيل: إن عتق المسلم أفضل وأن الحديث إنما معناه مع استواء الرقاب، وكذلك الأفضل من عتق الكافر من كان منهم أكثر ثمناً. قال: وإن استوى في الأثمان فالذي أقول به أن عتق الأنثى منهم أفضل لأن عتقها يحل للمسلمين نكاحها ولا منفعة في عتق الكافر الذكر اهـ.

إِنَّمَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ مُكَلَّفٍ، بِلاَ حَجْرٍ، وَإِحَاطَةِ دَيْنٍ

باب

ص: **(إنما يصح إعتاق مكلف)** ش: أخرج به الصبي فلا يصح عتق الصبي، ولو علقه بيمين فحنث فيها بعد البلوغ كان بإذن وليه أو بغير إذنه. قاله في المقدمات وغيرها. وقال في العتق الثاني من المدوّنة: ولا يجوز عتق المعتوه إذا كان مطبقاً ولا الصبي. وإن قال صبي كل مملوك حر إذا احتلمت فاحتلم فلا شيء عليه، وكذا المجنون. قال في عتقها الثاني: ومن حلف بعتق عبده إن فعل كذا فجن ثم فعل ذلك في حال جنونه فلا شيء عليه. قال أبو الحسن: قال أصبغ: ومن حلف ليفعلن فعلاً إلى أجل كذا ثم جن فمضى الأجل وهو مجنون فإنه حانث. وقال غيره: لا يحنث لأنه مضى الأجل وهو في حال لا تنعقد اليمين فيه انتهى. ويدخل السكران. قال في عتقها الثاني: وعتق السكران وتدبيره جائز إذا كان غير مولى عليه. قال أبو الحسن: أما الطافح فكالبهيمة لا خلاف أنه لا يلزمه شيء. اهـ كلامه بالمعنى. ص: **(بلا حجر)** ش: هذا قيد ثانٍ وهو عدم التحجير فيخرج السفيه المولى عليه. قال في كتاب المديان منها: ولا يجوز للمولى عليه عتق ولا صدقة ولا هبة ولا بيع. ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه الآن. واستحب له إمضاءه ولا أجبره عليه انتهى. قال في المقدمات: كان الولّي رده أم لم يرده. واختلف إذا كان بيمين فحنث فيها بعد ولاية نفسه، واختلف أيضاً إن لم يعلم بذلك حتى مات. هل للورثة رد ذلك؟ على قولين حكاهما ابن حبيب في الواضحة انتهى. والقول بلزوم الحنث لأشهب، والقول بعدمه لابن القاسم. كذا عزاه أبو الحسن في العتق الثاني في شرح قولها: «وإن قال صبي كل مملوك لي حر» المتقدم والله أعلم.

فرع: قال في رسم قطع الشجرة وهو أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق الثاني. لو قال لمملوك من مماليك أبيه إن ملكتك فأنت حر، فمات أبوه وملكه، فإن كان يوم قاله سفيهاً فلا يلزمه العتق وإن كان رشيداً عتق عليه. قال ابن رشد: واختلف هل هو محمول في حياة أبيه على الرشد أو على السفه؟ والمشهور أنه محمول على السفه انتهى. ونقله أبو الحسن.

(باب إنما يصح إعتاق مكلف) ابن شاس: الركن الأول المعتق وهو كل مكلف. ابن عرفة: لم يرد بأركانه المحمولة عليه لأن المعتق ليس جزءاً من العتق **(بلا حجر)** نحوه لابن الحاجب. ابن عرفة: مفهومه رد عتق السفيه أم ولده وفيها عتق السفيه أم ولده جائز انتهى. وانظر أيضاً نصوا أن السفيه المولى عليه يلزمه الظهار ويعتق عن ظهاره بغير إذن وليه. قال ابن القاسم. إذا أعتقت ذات زوج عبداً هو أكثر من ثلث مالها فللزوج رد الجميع، ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله فليس للورثة أن يردوا إلا ما زاد. قال عبد الوهاب: وكلاهما له التصرف في ماله **(أو إحاطة دين)** انظر فرق بين أن يكون

....

تنبيهات: الأول: قوله في المدونة: «استحب إلى آخره» قال أبو الحسن: وفي الأمهات: لا يجوز له في ماله بيع ولا عتق ولا شراء ولا هبة ولا صدقة والهبة والصدقة لغير ثواب كالعتق، واستحب له أن يمضيها. فظاهره أنه راجع إلى العتق وما أشبهه من الهبة والصدقة لغير الثواب انتهى. وقال أبو الحسن: قال عياض: ظاهر التهذيب أنه راجع إلى الجميع وعليه اختصرها المختصرون، وأنه يستحب له إمضاء جميع ما فعله وفيه نظر، والصحيح سواه وأنه لا يستحب له أن يمضي إلا ما كان لله قربة. وأما ما بينه وبين العباد فأي استحباب في هذا؟ وكذا جاء منصوصاً في سماع أشهب على ما تأولناه. قال الشيخ أبو الحسن: وقد يكون أيضاً فيه قربة بإسعاف أخيه المسلم بإمضاء صفقته لغبطته بها كأن يكون قربة في الإقالة والتولية انتهى، وهو ظاهر فتأمله والله أعلم.

الثاني: ظاهر كلام المؤلف أن السفيه لا يصح عتقه في جميع ما يصح فيه العتق وليس على عمومه، فقد قدم في باب الحجر أنه يجوز عتقه لمستولدته. وقال في المدوّنة إثر الكلام السابق: وما ليس له فيه إلا المنفعة ففعله فيه جائز، ويجوز طلاقه لزوجته وعتقه لأم ولده انتهى. وهل يتبعها مالها؟ نقل في التوضيح في باب الحجر في ذلك ثلاثة أقوال: يفرق في الثالث بين اليسير والكثير. ونقلها غيره وعزا اللخمي الثالث لابن القاسم وقال: إنه الأشبه ذكره في الحجر. والقول الثاني أنه لا يتبعها مالها وإن لم يستثنه. قال ابن رشد في رسم العتق من سماع أشهب: هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب. انتهى. من العتق، وتقدم في باب الحجر الكلام على جميع ما تقدم بأبسط من هذا. الثالث يؤخذ من كلام المؤلف أن السفيه المهمل عتقه جائز لأنه إلى الآن لم يحجر عليه، وأنه إذا حجر عليه ثم ظهر رشده ولم يطلقه الحاكم فعتقه غير جائز لأنه محجور عليه. وهذا يأتي في قول ابن القاسم، وقول مالك على العكس. قال في اللباب هنا: ولو كان السفيه غير مولى عليه فعتقه جائز. قال ابن القاسم: إلا البين السفه انتهى. وكلام اللباب يفهم منه أن قول ابن القاسم تقييد وليس كذلك والله أعلم. ويخرج بقول المؤلف: «بلا حجر» أيضاً العبد. قال في الولاء منها: ولا يجوز عتق المكاتب ولا العبد بغير إذن سيده، فإن أعتق أو دبر أو تصدق بغير إذن سيده فللسيد رد ذلك، فإن رده بطل. ولا يلزم العبد والمكاتب ذلك إن عتقا وإن لم يعلم بذلك السيد حتى عتقا مضى ذلك، وما أعتقا بإذن السيد جاز. وعتق أم الولد لعبدها كما وصفنا في عتق العبد عبده انتهى. وقد علم أن أم الولد والمكاتب بمنزلة القن، وكذا من بعضه حر. صرح به في أول رسم من سماع عيسى من كتاب العتق. والظاهر أن المدبر والمعتق إلى أجل كذلك، وأظن أن اللخمي صرح بذلك والله أعلم. وفي المقدمات في كتاب المأذون: وأما العبد فما أعتق أو وهب فإذا لم يعلم السيد بذلك أو علم ولم يقض برد ولا إجازة حتى عتق العبد والمال بيده فإن ذلك لازم له، ولا أعلم في ذلك نص خلاف وهو دليل على أن فعله على الإجازة، فإن فوت العبد المال من يده قبل أن يعتق

....

ببيع أو هبة بطلت الصدقة والعتق. قاله في الصدقة في كتاب الاعتكاف. والعتق مقيس عليها إلا أن يفرق بينهما مفرق لحرمة العتق وهو بعيد، فإن رد السيد ذلك وبقي بيده حتى عتق ولم يفوته لم يلزمه شيء. قاله في المدونة في الصدقة والهبة. والعتق مقيس على ذلك انتهى. ويخرج أيضاً بقول المؤلف: «بلا حجر» الزوجة فيما زاد على الثلث، فإذا أعتقت عبداً فإن حمل الثلث جاز، وإن حمل بعضه فالمشهور أن للزوج رد الجميع، فإن أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره، فهل له رده أو يمضي؟ فيه قولان ذكرهما في التوضيح في باب الحجر. وانظرها في رسم سن من سماع ابن القاسم من العتق. ويخرج أيضاً المريض فيما زاد على الثلث. فإذا أعتق عبداً لا يملك غيره مضى منه الثلث والله أعلم. وخرج أيضاً المرتد. قال في الشامل في باب الحجر: وحجر لردة فلا يعد تصرف مرتد حجراً عليه، وظاهره ولو أسلم بعد ذلك والله أعلم. وتقدم في باب الحجر الكلام على الحجر بالردة. ويخرج أيضاً المدين إذا فلسه الإمام، وأما من أحاط الدين بماله فيخرج بقوله: «وإحاطة دين».

قال ابن عبد السلام: فإن قلت: لا شك أن أحد أسباب الحجر إحاطة الدين بماله، فإذا انتفى الحجر عموماً انتفى كون الدين محيطاً.

قلت: السبب الحقيقي هو الفلس وهو متأخر عن إحاطة الدين، وقد علم أن من الأفعال ما يصح فعله من الذي أحاط الدين بماله ولا يصح من المفلس المحجور عليه. وعلى هذا فالحجر لأجل الفلس أخص من إحاطة الدين، ونفي الأخص الذي هو الحجر للفلس نفي للأعم الذي هو إحاطة الدين. انتهى وفيه نظر، لأنه قد سلم أن إحاطة الدين مما يقع به الحجر ولو في بعض الأشياء، والمقصود في قول المؤلف وابن الحاجب «بلا حجر» نفي مطلق الحجر لا نفي الحجر من الوجود، وإلا لخرج حجر الزوجة والمريض.

تنبيهات: الأول: قول المؤلف: «إنما يصح» هل مراده إنما يصح ويلزم، أو مراده مطلق الصحة وإن لم يلزم؟ فإن أراد الأول فليس في كلامه ما يدل عليه ومع ذلك فيرد عليه الكافر فإنه إذا أعتق عبده الكافر لا يلزمه عتق مع أنه يصدق عليه أنه مكلف لا حجر عليه، لأن الصحيح أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة. قال في العتق الثاني منها في ترجمة من أعتق من الغنيمة قبل قسمها: وإذا أسلم عبد النصراني ثم أعتقه قضى عليه بعتقه لأنه حكم بين مسلم وذمي، ولو دخل إلينا حربي بأمان وكاتب عبداً له أو أعتقه أو دبره ثم أراد بيعه فذلك له، وكذلك النصراني إذا أعتق عبداً له نصرانياً ثم أراد أن يرده في الرق أو يبيعه فذلك له إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام. قوله: «فذلك له» قال ابن يونس: ولا يحال بينه وبين ذلك إلا أن يكون أبانه عنه. ونحوه في الجنايات انتهى. وكذلك ورد في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى مطلقاً فقال ابن رشد: ظاهر الرواية أن للنصراني أن يرجع في عتق عبده

النصراني ما دام على النصرانية لا يمنع من ذلك وإن كان لما أعتقه قد خلى سبيله وخرج عن خدمته مثل قول ابن القاسم في المكاتب منها خلاف ما في جنايتها أن ذلك له ما لم يخرجه من يده، لأن قوله: «إذا لم يخرجه من يده» يدل على أن له أن يرجع في عتقه بعد إسلامه إذا لم يخرجه من يده خلاف ما في كتاب المكاتب. فتحصيل المسألة أنه إذا أعتقه وخلى سبيله وأخرجه من خدمته ثم أراد أن يرجع في عتقه قبل إسلامه، كان له على ظاهر هذه الرواية ولم يكن له على ما في جنايتها، وإن أراد أن يرجع في عتقه بعد أن أسلم ولم يكن خرج عن خدمته كان ذلك له على ما في هذه الرواية خلاف ما في كتاب المكاتب منها انتهى. ثم قال في المدونة: وكذلك لو كاتبه أو دبره ثم أراد بيعه لم يمنع إلا أن يسلم العبد وهو في يده فيؤاجر المدبر وتباع كتابة المكاتب. قيل له: فإن بتل النصراني عتق عبده النصراني أو دبره أو حلف بذلك ثم أسلم فحنث؟ قال: إن حنث بيمينه في نصرانيته أو بعد إسلامه لا شيء عليه. وكذلك جميع أيمانه انتهى. فيخرج من قوله: «وكذلك لو كاتبه إلى آخره» أنه لو أعتقه ثم أسلم العبد وهو في يد سيده وأراد الرجوع له ليس له ذلك. وقال الشيخ أبو الحسن. قال ابن يونس: وظاهر كلام ابن القاسم أنه خلاف بين إسلام العبد وإسلام السيد، وهذا إذا لم يبن العبد عن نفسه انتهى. وقد حصل اللخمي جميع ذلك فقال: وإذا أعتق النصراني عبده المسلم لزمه ذلك لأنه حكم بين مسلم ونصراني فيجري على حكم الإسلام. وإن أعتق عبده النصراني ثم أسلم العبد، فإن أسلم بعد أن رجع عن عتقه واسترقه لم يلزمه ذلك العتق، وإن أسلم بعد أن حاز نفسه لم يكن ذلك للسيد، وإن أسلم قبل أن يحوز نفسه وقبل أن يرجع عن العتق فقولان، والقياس أنه لا شيء عليه لأنه لو رجع قبل إسلام العبد كان ذلك له ولم يؤخذ بما عقد، وإسلام العبد لا يوجب عليه ذلك العقد انتهى. وقد علمت من قول المدونة المتقدم. وكذلك لو كاتب عبده أو دبره أن الجاري عليه أنه لا يرجع. ثم قال اللخمي: وكذلك إن أسلم السيد وحده أو أسلم السيد ثم العبد، فإن كان الإسلام قبل أن يرجع في العتق لم يلزمه، وإن كان بعد أن حاز نفسه لزمه، وإن كان بقرب العتق قبل أن يرجع وقبل أن يحوز نفسه كان على الخلاف، وإن حلف بعتق عبده ثم حنث لم يلزمه وسواء حنث قبل الإسلام أو بعده، لأن عقد الكفر غير لازم، وإذا أعتق النصراني عبده النصراني ثم امتنع من إنفاذ العتق لم يجبر عليه، ولو حوزه نفسه لم يكن له أن يرجع فيه انتهى. إلا أن يقال إن المؤلف مشى على القول بأنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة. فقد صح فيخرج الكافر بقوله: «مكلف» ويكون مراده إنما يصح ويلزم. وإن أراد المؤلف بقوله: «إنما يصح» مطلق الصحة وإن لم يلزم فيرد عليه أن غالب ما احترز عنه صحيح ويتوقف لزومه على إجازة الغير كعتق المريض والمرأة والعبد والمدبر فتأمله والله أعلم.

وَلِغَرِيمِهِ رَدُّهُ، أَوْ بَعْضِهِ، إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ أَوْ يَطُولَ، أَوْ يُفِيدَ مَالاً، وَلَوْ قَبْلَ نُفُوذِ الْبَيْعِ: رَقِيقاً: لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقٌّ لاَزِمٌ بِهِ، وَبِفَكِّ الرَّقَبَةِ، وَالتَّحْرِيرِ وَإِنْ فِي هَذَا الْيَوْمِ،

الثاني: قوله: «بلا حجر» يغني عن قوله: «مكلف» والله أعلم. وكلام الجواهر نحو كلام المصنف فإنه قال: المعتق كل مكلف بلا حجر انتهى.

الثالث: قال ابن عرفة: وقول ابن شاس وابن الحاجب وقبله شارحاه وله أركان: الأول المعتق يقتضي أن المعتق جزء من العتق وليس كذلك إلا أن يريد وأركانه الحسية لمتوقف وجوده حساً عليها كاللحم والعظم والدم للإنسان لا أركانه المحمولة عليها كالحيوان والناطق للإنسان انتهى. ومن المعلوم أنهم لم يريدوا إلا الأركان الحسية المتوقف وجوده عليها حساً. وانظر لم أخر الاعتراض إلى هنا؟ وهلا أورده من أول الذكاة والصيد فتأمله والله أعلم. **ص: (ولغريمه رده أو بعضه) ش:** أي ولغريم المدين رد عتقه إن أحاط الدين بماله، وإن لم يحط الدين بماله فللغريم رد بعض العبد حتى يستوفي حقه.

تنبيهات: الأول: تقدم في باب التفليس أنه محمول على الجواز حتى يتحقق أنه وقت العتق عليه دين يستغرق ما بيده فانظره.

أرباب الديون مجهولين فإن العتق ينفذ مطلقاً والولاء للمسلمين، انظر نوازل ابن رشد من المدونة من بتل عتق عبيده في صحته وعليه دين يغترقهم ولا مال له سواهم لم يجز عتقه وإن كان دينه لا يغترقهم بيع من جميعهم مقدار الدين بالحصص لا بالقرعة وعتق ما بقي. **(ولغريمه رده أو بعضه)** ابن الحاجب: لو أعتقه ثم قام غريمه رد عتقه أو بعضه **(إلا أن يعلم)** ابن عرفة: إن أمسك الغرماء عن القيام بعد العتق ثم قاموا بعد الثلاث سنين والأربع وهو بالبلد وقالوا: لم نعلم فذلك لهم حتى تقوم بينة أنهم علموا **(أو يطول)** قال الباجي: وإن قاموا في أكثر من أربع سنين لا يقبل منهم القيام عليه ولم يرد عتقه. قاله ابن عبد الحكم **(أو يفيد مالاً)** من المدونة: إن أعتق في عسره فلم يقم عليه حتى أيسر نفذ عتقه، ثم إن أعسر بعد ذلك وقبل القيام عليه لم يرد عتقه **(ولو قبل نفوذ البيع)** روى ابن القاسم وأشهب عن مالك: لو رد الإمام عتقه ثم أيسر قبل بيعه عتق. الباجي: على هذا لا يطأ قبل اليسر. ومن المدونة: من رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الإمام، فإن فعل أو فعلوا ثم رفع إلى الإمام بعد أن أيسر رد البيع ونفذ العتق **(رقيقاً لم يتعلق به حق لازم)** هذا معمول إعتاق. قال ابن شاس: الركن الثاني الرقيق وهو كل إنسان مملوك لم يتعلق بعينه حق لازم.

ابن عرفة: المعتق كل ذي رق مملوك لمعتقه لم يزاحم ملكه إياه حق لغيره قبل عتقه، فقولنا: لم يزاحم الخ لقولها مع غيرها من أعتق عبده بعد علمه أنه قتل قتيلاً خطأ وقال: لم أرد حمل جنايته وظننت أنها تلزم في ذمته ويكون حراً، حلف على ذلك ويرد عتقه **(به وفك الرقبة والتحرير)** ابن شاس: الركن الثالث الصيغة وصريح لفظها الإعتاق وفك الرقبة والتحرير **(وإن في هذا اليوم)** ابن عرفة: إن قال: أنت حر في هذا اليوم عتق للأبد، ومن المدونة: إن قال له: أنت حر اليوم من هذا

بِلاَ قَرِينَةِ مَدْحٍ، أَوْ خُلْفٍ، أَو دَفْعِ مَكْسٍ، وَبِلاَ مِلْكَ، أَوْ سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، إلاَّ لِجَوَابٍ، وَبِكَوَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ، وَبِكَاسْقِنِي، أَوْ اَذْهَبْ، أَوِ اَعْزُبْ بِالنِّيَّةِ،

الثاني: ظاهر قول المصنف: «ولغريمه رده» أن ذلك للغريم دون أمر الإمام. والذي في المدوّنة ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة أن العتق لا يرده إلا الإمام. قال ابن عبد السلام: واختلف في عتق المديان. هل هو موقوف على إجازة الغرماء وهو مذهب مالك وأكثر أهل المدينة، أو هو جائز ما لم يفلس ويحجر عليه الحاكم وهو مذهب جماعة خارج المذهب؟ وعلى الأول لا يرد الغرماء إن أرادوا ذلك حتى يرفعوا إلى الحاكم فهو الذي يحكم بالرد بعد إثبات موجب ذلك عنده، فإن ردوه وباعوه فإن الإمام يرد بيعهم وينظر في أمرهم، فإن ثبت عنده موجب بيعه باعه وإلا تم عتقه انتهى. وقال في المدونة في أواخر العتق الأول: ومن رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الإمام، فإن فعل أو فعلوه ثم رفع إلى الإمام بعد أن أيسر رد البيع ونفذ العتق انتهى. ونقله ابن عرفة في أول العتق.

الثالث: ظاهر كلامه أن للغريم رد العتق ولو طال. قال ابن رشد في الأجوبة: وأما عتق من أحاط الدين بماله فلا اختلاف أنه لا يجوز إلا أن يجيزه الغرماء. واختلف إن لم يعلموا حتى طال الأمر وجازت شهادته وورث الأحرار فقيل لهم أن يردوه، وقيل ليس لهم أن يردوه لاحتمال أن يكون قد أفاد في خلال المدة ما لا يعلم به ثم ذهب مع حرمة العتق، فإن كانت الديون التي عليه قد استغرقت من تبعات لا تعلم أربابها نفذ عتقه على كل حال ولم يرده وكان الأجر لأرباب التباعات والولاء للمسلمين. انتهى من مسائل الشركة.

العمل وقال: أردت عتقه من العمل لا الحرية صدق في ذلك مع يمينه **(بلا قرينة مدح)** ابن شاس: لو قال في المساومة: هو عبد حر لم يلزمه عتق لصرف القرينة له إلى المدح. ومن المدونة: من عجب من عمل عبده أو من شيء رآه منه فقال: ما أنت إلا حر فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء **(أو حلف)** انظر إن كان على تحليف ظالم قال اللخمي: لو قال له العاشر: لا أدعك إلا أن تقول إن كانت أمتك فهي حرة إن قال ذلك بغير نية العتق لم يلزمه شيء، وإن نوى العتق وهو ذاكر أن له أن لا ينويه كانت حرة لأنه لم يكره على النية، وقد تقدم في الطلاق أن طلاق المكره لا يلزم إلا أن يترك كالتورية **(أو دفع مكس)** من المدونة: لو مر على عاشر فقال: هو حر ولم يرد بذلك الحرية فلا عتق له فيما بينه وبين الله، وإن قامت بذلك بينة لم يعتق أيضاً إذا علم أن السيد دفع عن نفسه بذلك ظلماً **(أو بلا ملك أو لا سبيل لي عليك إلا بالجواب)** من المدونة: ومن قال لعبده ابتداء منه لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك عتق عليه، وإن علم أن هذا الكلام كان جواباً لكلام كان قبله صدق في أنه لم يرد به عتقاً ولا يعتق عليه **(وبكوهبت لك نفسك)** من المدونة قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول في الرجل يقول لعبده قد وهبت لك نفسك إنه حر. وسألت مالكاً عن رجل وهب لعبده نصفه قال: هو حر كله **(أو بكاسقني أو اذهب أو اعزب فالنية)** ابن شاس: وأما الكناية بقوله: وهبت لك

وَعَتَقَ عَلَى الْبَائِعِ، إِنْ عَلَّقَ هُوَ وَالْمُشْتَرِي عَلَى البَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَبِالِاشْتِرَاءِ الفَاسِدِ فِي: إِنِ

الرابع: قال في المدونة: وإذا باعهم الإمام عليه في دينه ثم اشتراهم بعد يسره كانوا أرقاء ولا يعتقون انتهى.

الخامس: قوله: «أو بعضه» قال في التوضيح: فإن لم يوجد من يشتريه إلا كاملاً بيع جميعه. واختلف فيما يبقى قال ابن حبيب: يصنع ما شاء. وقيل: يستحب أن يجعله في عتق وإليه ذهب اللخمي. أما لو أعتق عبدين لا مال له غيرهما وقيمتهما أكثر من الدين ونحن إن بعنا منهما بالحصص لم يفيا بالدين فقال ابن عبد الحكم: يقرع بينهما على أيهما يباع للدين وهو ظاهر.

السادس: إذا بعض العتق وأراد مالك بعضه سفراً وامتنع هو ففي ذلك ثلاثة أقوال. فقال مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: إنه يسافر ويكتب له القاضي كتاباً إن لم يكن مأموناً، واستدل بأن الحرية تبع للرق بدليل إجماعهم أن أحكامه أحكام الرق ما بقيت فيه شائبة. وقال أيضاً في سماع أشهب من الشركة: إن السيد إن كان مأموناً سافر به وإلا فلا. والثالث رواه البرقي عن أشهب أنه ليس له السفر به مطلقاً. وإن كان مأموناً والعبد مستعرباً لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك فصار شريكاً في نفسه. ابن رشد: وهو محض القياس وحكاه أيضاً عن أشهب. ابن المواز وابن حبيب. قال ابن حبيب: ولو أراد الانتقال به إلى قرية يسكنها من الحواضر كان له ذلك ولو كره العبد.

فرع: قال ابن رشد: وإذا قضى له بالخروج كانت نفقته وكراؤه عليه في سفره حتى يقر قراره في موضع يكون له فيه عمل ومكتسب فيكون له أيام وللسيد أيام. انتهى من الرسم المذكور.

تنبيه: قال فيه أيضاً: معنى قوله «يكتب له كتاباً» أي إلى قاضي البلد الذي يسافر لها ويشهد له شاهدين ممن يسافر معه فيشهدهما على الكتاب وعلى عين العبد وليس على ظاهره، لأن العبد لا ينتفع به في المكان الذي يذهب إليه بكتاب يكون بيده إلا ببيّنة عليه إذ لا يحكم بكتاب القاضي دون بينة تنقله وتشهد عليه انتهى. وانظر منتخب الأحكام قبل أبواب النكاح

نفسك أو اذهب أو اعزب أو نحو ذلك ولا تعمل بدون اقتران نية العتق به. وألحق ابن القاسم بذلك اسقني الماء إذا اقترنت بذلك نية العتق. ابن عرفة: مقتضاه شرط النية في وهبت لك نفسك وفي المدونة خلافه **(وعتق على البائع إن علق هو والمشتري على البيع والشراء)** من المدونة: إن قال البائع: إن بعته فهو حر، وقال المشتري: إن اشتريته فهو حر فباعه له، عتق على البائع ويرد ثمنه. ابن رشد: القياس قول من قال إنه لا شيء على البائع لأن العتق إنما وقع من البائع بعد حصول العبد لمشتريه. ابن عرفة: ومثله اختيار اللخمي. **(وبالشراء الفاسد في إن اشتريتك)** من المدونة: من قال

اَشْتَرَيْتُكَ: كَأَنِ اَشْتَرَى نَفْسَهُ فَاسِداً، وَالشِّقْصُ، وَالْمُدَبَّرُ، وأُمُّ الْوَلَدِ وَوَلَدُ عَبْدِهِ مِنْ أَمَتِهِ، وَإِنْ بَعْدَ يَمِينِهِ، وَالإِنْشَاءُ فِيمَنْ يَمْلِكُهُ، أَوْ لِي

وفي آخره أيضاً. وانظر اللخمي في كتاب العتق الثاني، وانظر رسم العتق من سماع أشهب ورسم شك ورسم البز ورسم نذر سنة الجميع في سماع ابن القاسم من كتاب العتق. قال: في هذه المواضع مسائل تتعلق بالمعتق بعضه والله أعلم. ص: **(كأن اشترى نفسه فاسداً) ش:** قال في كتاب العتق الثاني من المدونة: وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسداً فقد تم بيعه ولا يرد ولا يتبعه السيد بقيمة ولا غيرها. ابن يونس: يريد ويكون للسيد ما باعه به غرراً كان أو غيره، وكأنه انتزعه منه وأعتقه. ثم قال في المدونة بخلاف شراء غيره إياه إلا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته. وقال غيره: هو حر ولا شيء عليه. قال ابن يونس: وقال أحمد ابن ميسر: إن أعتقه على خمر في يديه فهو حر ويكسر عليه، وإن كان يتبعه به فهو بيع فاسد وعليه قيمة رقبته. ابن يونس: وقول ابن ميسر وفاق للمدونة، ومسألة المدونة إنما هي على أنه اشتراه بخمر مضمون. انتهى. ص: **(والشقص إلى آخره) ش:** نزلت مسألة وهي رجل

لعبد: إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر فابتاعه بيعاً فاسداً عتق عليه بقيمته ورد الثمن. **(كأن اشترى نفسه فاسداً والشقص والمدبر وأم الولد ولد عبده من أمته وإن بعد يمينه والأنثى فيمن يملكه أو لي)** انظر قوله: «وإن» فإن أراد وإن بعد يمينه لأفعلن فبين، وإن أراد لا فعلت فلا أقل أن يقول ولولا فرق بين قوله: كل مملوك أملك أو كل مملوك لي. من المدونة قال مالك: من قال كل مملوك حر في غير يمين أو في يمين حنث بما عتق من في ملكه. وعبارة ابن الحاجب: لو قال إن فعلت كذا فكل مملوك لي حر، عتق من في ملكه والمدبر وأم الولد وأولاد عبيده من إمائهم وإن ولدوا بعد يمينه بخلاف عبيد عبيده فإنهم تبع كمالهم. زاد في المدونة: وعتق عليه كل شقص له في مملوك ويقوم عليه بقيته إن كان ملياً. ابن المواز: إنما يعتق عليه ما ولد لعبيده بعد يمينه لأفعلن لا في يمينه لا فعلت وإلى هذا راجع ابن القاسم. ابن يونس: لأنه في يمينه لأفعلن على حنث حتى يبر فإذا فاته البر ولزمه العتق وجب أن يعتق عليه كل ما ولد له من إمائه بعد اليمين لأن الأمهات مرتهنات باليمين لا يستطيع بيعهن ولا وطأهن، وسواء كن حوامل يوم اليمين أو حملن بعد اليمين. وأما في يمينه لا فعلت فهو علي فهو على بر، فإن كان إماؤه حوامل يوم اليمين دخل الولد في اليمين، وأما ما حمل به بعد اليمين فقيل: يدخل، وقيل: لا يدخل وهو أصوب. قال في هذا الكتاب: إذا قال: عبيدي أحرار لا يعتق عليه عبيد عبيده. وقال في كتاب النذور: إذا حلف أن لا يركب دابة فلان وركب دابة عبده أنه حانث، فقيل: خلاف، وقيل: يراعى في الأيمان النية. سحنون: من قال: مماليكي أحرار ولا نية له فإنه يعتق عليه ذكور رقيقه وإناثهم. رجع إلى هذا سحنون. قال ابن يونس: وهو وفاق للمدونة لأنه قال في قوله: «كل مملوك لي حر» يعتق عتيه أمهات أولاده، ولا فرق بين قوله: كل مملوك وبين قوله: مماليكي. ابن سحنون: ولو قال: رقيقي أحرار عتق ذكورهم وإناثهم، ولو قال: عبيدي أحرار لم يعتق عليه إلا الذكور دون

أَوْ رَقِيقي، أَوْ عَبِيدِي، أَوْ مَمَالِيكِي، لاَ عَبِيدُ عَبِيدِهِ: كَأَمْلِكُهُ أَبَداً وَوَجَبَ بِالنَّذْرِ، وَلَمْ يُقْضَ إِلاَّ بِبَتٍّ مُعَيَّنٍ وَهُوَ فِي خُصُوصِهِ وَعُمُومِهِ وَمَنْعٍ مِنْ وَطْءٍ وَبَيْعٍ فِي صِيغَةِ حِنْثٍ، وَعِتْقِ

له مماليك بمكة مثلاً وله مماليك بغيرها فشكا إليه إنسان مماليكه الذين بمكة فقال عبيدي أحرار وقال إنه أراد من بمكة، فهل يقبل قوله؟ انظر رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب العتق. ص: **(وهو في خصوصه وعمومه إلى قوله إلا الأجل)** ش: يعني أن العتق مثل

الإناث، ولو كان له إماء حوامل فإنه يعتق ما أتين به من غلام لأقل من ستة أشهر، راجع ثالث ترجمة من كتاب العتق من ابن يونس **(أو رقيقي)** تقدم نص ابن سحنون: لو قال: رقيقي أحرار عتق ذكورهم وإناثهم **(أو عبيدي)** لما نقل ابن يونس قول ابن سحنون المتقدم وهو قوله: «لو قال: عبيدي أحرار لم يعتق عليه إلا الذكور دون الإناث» قال: وقال أبو إسحاق: ولعل اسم العبد جرت العادة أنه يراد به الذكور دون الإناث وإلا فلفظ العبيد يقع على الذكور والإناث **(أو مماليكي)** تقدم نص سحنون: من قال: مماليكي أحرار دخل الإناث. قال ابن يونس: وهو وفاق للمدونة **(لا عبيد عبيده)** تقدم نقل ابن يونس. قال في هذا الكتاب: إذا قال: عبيدي أحرار لا يعتق عليه عبيد عبيده **(كأملكه أبداً)** مضمن ما يتقرر أنه إن قال إن فعلت كذا فكل مملوك حر أنه لا يعتق عليه من سيملكه بعد اليمين، وأما الذي كان على ملكه فبين أن يقول أبداً أو لا فرق. ابن الحاجب: لو قال: إن فعلت كذا فكل مملوك لي حر عتق من في ملكه وأولاد عبيده من إمائهم بخلاف عبيد عبيده. وبخلاف كل امرأة أتزوجها، وإن قال: فكل مملوك أملكه فكذلك بخلاف كل مملوك أملكه أبداً فإنه لا يعتق عليه من في ملكه. ومن المدونة قال مالك: ومن قال: كل ملوك أملكه حر إن تزوجت فلانة ولا رقيق له فأفاد رقيقاً ثم تزوجها، فلا شيء عليه فيما أفاد بعد يمينه قبل أن يتزوجها ولا بعد تزويجها. قال مالك: ومن قال: إن دخلت هذه الدار أبداً فكل مملوك أملكه حر فدخلها لم يلزمه العتق إلا فيما ملك يوم حلف، وإن لم يكن له يومئذ مملوك فلا شيء عليه فيما يملك قبل الحنث وبعده، وكذلك اليمين بالصدقة. قال أشهب: ولو قال: إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبداً حر فدخلها لم يلزمه العتق فيما عنده من عبد لأنه إنما أراد ما يملك في المستقبل كما لو قال: كل مملوك أملكه أبداً حر وكل امرأة أتزوجها أبداً طالق فلا شيء عليه. ابن يونس: وهذا خلاف ما تقدم من رواية ابن القاسم لأن ابن القاسم إنما أوقع ملك الأبد على الدخول، وأشهب أوقعه على الملك. وأما من قال: كل عبد أشتريه حر وكل امرأة أنكحها أو أتزوجها طالق فلا شيء عليه وإن لم يقل هاهنا أبداً. ابن يونس: لأن هذه الألفاظ لا تكون لما مضى لا يقول الإنسان اشتر فيما هو مالكه بعد فهو بخلاف قوله: أملكه **(ووجب بالنذر ولم يقض إلا ببت معين)** ابن الحاجب: العتق يجب بالنذر ولا يقضى إلا باليمين والحنث. ابن عرفة: هذا مشكل. قال في المدونة: الوصية بالعتق عدة إن شاء رجع فيها ومن بت عتق عنده أو حنث بذلك في يمين عتق عليه بالقضاء، ولو وعده بالعتق أو نذر عتقه لم يقض عليه بذلك وأمر بعتقه. اللخمي: من قال علي عتق عبد لزمه فإن كان ليس معيناً لم يجبر، وإن كان معيناً فقال مالك: كذلك أيضاً لا يجبر **(وهو في خصوصه وعمومه ومنع بيع ووطء في صيغة الحنث وعتق**

عُضْوٍ، وَتَمْلِيكِهِ الْعَبْدَ وَجَوَابِهِ: كَالطَّلاَقِ، إِلاَّ لأَجَلٍ، وَإِحْدَاكُمَا، فَلَهُ الاخْتِيَارُ، وَإِنْ حَمَلْتِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ: فَلَهُ وَطْؤُهَا فِي كُلِّ طُهْرٍ مَرَّةً،

الطلاق فيما ذكر إلا في الأجل فإنه إذا أعتق لأجل فإنه يلزمه.

مسألة: من أوصى في جوار له أن يحبسن سبعين سنة ثم يعتقن قال مالك: هو غير جائز وينظر السلطان؛ فإن رأى بيعهن بعن، وإن رأى عتقهن عتقن. قال ابن رشد: وجه نظر الإمام في ذلك أن من كانت تعلم أنها لا تعيش سبعين سنة مثل بنت الأربعين فأكثر فإنها تباع لأن العتق لا يدركها فهو كمن أوصى بعتقها بعد موتها، ومن كانت يمكن أن تعيش ذلك كبنت العشرين فأقل عجل عتقها إذ لا يجوز أن تباع ولعل العتق يدركها، ولا أن تحبس سبعين سنة لما في ذلك من الضرر عليها لقصد السيد إلى ذلك في ظاهر أمره، فهذا معنى قول مالك «لا أن السلطان يعمل بهواه». انتهى من رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق.

عضو وتمليكه للعبد وجوابه كالطلاق وإلا لأجل واحداً كما مرة فله الاختيـار وإن حملت فله وطؤها في كل طهر مرة) أما خصوصه وعمومه فقال ابن يونس: العتق كالطلاق في عمومه لعتق ما يستقبل ملكه وهو غير لازم عندنا. قال مالك فيمن قال: كل مملوك أو كل جارية أو عبد أشتريه أو أملكه في المستقبل فهو حر في غير يمين أو في يمين حنث بها، فلا شيء عليه فيما يملك أو يشتري، كان عنده رقيق يوم حلف أو لم يكن، أعتق من عبيده حينئذ أو باع أم لا، لأنه قد عم الجواري والغلمان فلا يلزمه شيء إلا أن يعين عبداً أو يخص جنساً أو بلداً أو يضرب أجلاً يبلغه عمره كذلك من الصقالية أو من البربر أو من مصر أو من الشام أو إلى ثلاثين سنة. ويمكن أن يعيش لذلك الأجل فيلزمه ذلك لأنه قد ضرب أجلاً مسمى جنساً أو موضعاً ولم يعم. وهذا كمن عم أو خص في الطلاق. وأما منعه من بيع ووطء في صيغة الحنث ففي المدونة قال مالك: من حلف بعتق إن فعلت كذا أو لا أفعل كذا فهو على بر ولا يحنث إلا بالفعل ولا يمنع من وطء ولا بيع، وإن مات لم يلزم ورثته عتق. فأما إن قال: إن لم أفعل أو لا فعلت كذا فهو على حنث ويمنع من الوطء أو البيع ولا أمنعه الخدمة فإن مات قبل الفعل عتق رقيقه من الثلث إذ هو حنث وقع بعد الموت. ابن يونس: إنما كان من حلف إن فعلت أو لا فعلت كذا على بر لأنه بفعله ذلك الشيء يحنث، فدل أنه كان قبل أن يفعله على بر. وأما الحالف إن لم أفعل أو لأفعلن إنما يبر بفعل ذلك الشيء، فدل أنه قبل أن يفعله على حنث، وقد ذكرت في النذور وجهاً آخر غير هذا. انتهى نص ابن يونس. وقال عيسى عن ابن القاسم: أما الحالف إن فعلت فله البيع والتصرف، فإن كانت أمه فولدت بعد اليمين فهل يدخل الولد في اليمين؟ اختلف قول مالك في ذلك. وقال أصبغ: لا يدخل قال: ولا أرى رواية أنه يدخل إلا وهماً. أشهب: وإن حلف بحرية عبده إن عفا عن فلان لم ينفعه أن يبيعه ثم يعفو، لأن المعنى يمينه لا عاقبته فهو كالحالف لأفعلن لا كمن حلف إن فعلت. قال مالك: من قال: إن لم تفعل كذا فأمتي حرة وزوجتي طالق فإنه يمنع من البيع والوطء وهو على حنث، ولا يضرب له في هذا أجل الإيلاء في

....

فرع: قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة: ومن أوصى بعتق أمته إلى أجل والثلث يحملها فعجل الوارث عتقها قبل الأجل، جاز ولا رجوع له عليها وهو وضع خدمة والولاء للميت. وإن كانا وارثين فأعتقها أحدهما فعتقها ها هنا وضع خدمة، فيوضع حق هذا من الخدمة ويكون نصيبه منها حراً، ولا يضمن لصاحبه قيمة خدمته منها وتخدم هي الآخر نصف

الزوجة وإنما يضرب له في يمينه لأفعلن، وأما هذا فالإمام يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه، فإن مات الحالف في البلوغ مات على حنث وعتقت الأمة في الثلث وترثه الزوجة لأن الحنث وقع عليه بعد موته. قال ابن القاسم: وإن قال لزوجته: إن لم أتزوج عليك أو أفعل كذا فأنت طالق فهو على حنث ويتوارثان قبل البر ولا يحنث بعد الموت بخلاف العتق، قال مالك: من قال لأمته: أنت حرة إذا مات فلان حرم عليه وطؤها بخلاف ما إذا قال لها: أنت حرة إن مت. قال عبد الوهاب: وكلا الوجهين عتق معلق بموت. وقال مالك: لا يجوز وطء المعتقة إلى أجل ويجوز وطء المدبرة. قال عبد الوهاب: وكلتاهما معتقة إلى أجل. قال مالك: ولا يجوز وطء المكاتبة. وأما مسألة عتق عضو ففي المدونة قال مالك: من قال لعبده: يدك حرة أو رجلك حرة عتق عليه جميعه كما لو طلق عضواً من امرأته فإنها تطلق عليه. وانظر إذا أعتق جنين الأمة دونها أو العكس بين الوجهين فرق. وانظر رابع ترجمة من كتاب العتق الثاني من ابن يونس. وأما مسألة تمليكه للعبد وجوابه ففي المدونة قال ابن القاسم: من ملك عبده العتق وقال له: اعتق نفسك في مجلسك هذا وفوض ذلك إليه فقال للعبد: اخترت نفسي فقال العبد: نويت بذلك العتق، صدق وعتق لأن هذا من أحرف العتق، وإن لم يرد به العتق فلا عتق له. ابن يونس: وفرق بين قول العبد: اخترت نفسي وبين قول المملكة: اخترت نفسي. انظر فيمن ملك عبده العتق من ابن يونس. ومن ابن المدونة: وإن قال لعبد: أنا أدخل الدار وقال: أردت بذلك العتق. فلا عتق له إذ ليس هذا من أحرف العتق بخلاف إذا قال لسيد لعبده: ادخل الدار يريد بلفظ ذلك العتق فإن العتق يلزمه، فالعبد في هذا مثل المرأة في التمليك تقول: أنا أدخل بيتي فلا يقبل قولها أنها أرادت الطلاق. قال ابن القاسم: القول فيمن ملك عبده أو أمته العتق كالقول في تمليك الزوجة أن ذلك في يد الأمة والعبد ما لم يفترقا من المجلس أو لم يطل. وأما مسألة العتق إلى الأجل ففي المدونة قال مالك: من أعتق إلى أجل آت لا بد منه فله أن ينتفع بمن أعتق بالخدمة لذلك الأجل لكن يمنع من الوطء والبيع. وأما مسألة وإحداكما فله الاختيار. ففي المدونة قال مالك: من حلف بطلاق إحدى امرأتيه فحنث فإن نوى واحدة طلقت التي نوى خاصة وهو مصدق، وإن لم تكن له نية طلقتا جميعاً. قال ابن القاسم: وإن قال رأس من رقيقي حر ولم ينو واحداً بعينه، فهو مخير في عتق من شاء منهم. وكذلك قوله لعبديه: أحدكما حر بخلاف الطلاق. وأما مسألة الفرق بين الطلاق والعتق إذا حملت ففي المدونة قال ابن القاسم: من قال لأمة يطؤها إذا حملت فأنت حرة فله وطؤها في كل طهر مرة. قيل له: ولم لا يتمادى على وطئها؟ قال مالك: فكل النساء على الحمل إلا الشاذة ولو قال لزوجته: إذا حملت فأنت طالق فإذا وطئها مرة

وَإِنْ جَعَلَ عِتْقَهُ لاثْنَيْنِ: لَمْ يَسْتَقِلَّ أَحَدُهُمَا، إِنْ لَمْ يَكُونَا رَسُولَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُمَا فَدَخَلَتْ وَاحِدَةٌ: فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهِمَا، وَعَتَقَ بِنَفْسِ المِلْكِ: الأَبوانِ، وَإِنْ عَلَوا وَالْوَلَدُ وإِنْ سَفُلَ: كَبِنْتٍ،

خدمتها إلى تمام الأجل ثم تخرج حرة انتهى. قال أبو الحسن: هذه مثل مسألة الشريكين في العبد يكاتبانه ثم يعتق أحدهما حصته إنما هو وضع مال، وأما العتق فبعقد الكتابة، وكذلك هذه إنما المعتق الموصي لا الورثة. انتهى. ص: **(وعتق بنفس الملك الأبوان)** ش: تصوره واضح.

فرع: قال في رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق: قال وسمعته يسأل أيملك الرجل أمه أو أخته من الرضاعة؟ فقال: نعم في رأي وغير ذلك في خير. قيل له: ولا يعتقان عليه؟ قال: نعم. قال ابن رشد: هذا صحيح بين لا اختلاف فيه انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: أما الأب والأخ من الرضاعة فالمشهور عندنا أنه لا يعتق انتهى. ويفهم منه أنه يعتق على القول الشاذ، فانظره مع ما حكى ابن رشد من الاتفاق.

فرع: منه أيضاً: الخنثى المشكل إذا كان عبداً وولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه، فهل يعتق عليه؟ لم أر فيه نقلاً فلينظر انتهى. ص: **(وإن سفل)** ش: قال ابن

طلقت عليه. وقال ابن الماجشون: حكمها حكم الأمة انتهى. وانظر لو قال لأمته: إن حملت فأنت حرة فكانت حاملاً قال ابن القاسم: هي حرة. وقال سحنون: لا تعتق بهذا الحمل. واستشكل قول ابن القاسم لأن الشرط وجزاءه والوعد والوعيد والترجي والتمني والأمر والنهي والدعاء والإباحة، هذه العشرة الحقائق لا تتعلق إلا بمعدوم مستقبل **(وإن فرض عتقه لاثنين فلم يستقل أحدهما إلا أن يكونا رسولين)** من المدونة: من أمر رجلين بعتق عبده فأعتقه أحدهما فإن فوض ذلك إليهما لم يعتق العبد حتى يجتمعا، وإن جعلهما رسولين عتق بذلك، وكذلك إن أمر رجلين بطلاق زوجته الجواب واحد **(وإن قال: إن دخلتما فدخلت واحدة فلا شيء عليه فيهما)** من المدونة قال مالك: من قال لأمته: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرة فدخلت إحدى الدارين حنث وعتقت عليه. وإن قال لأمتيه: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان أو لزوجتيه فأنتما طالقتان فدخلتها واحدة منهما، فلا شيء عليه حتى يدخلاها جميعاً. وقاله ابن القاسم وسحنون بن يونس. وجه قول ابن القاسم كأنه إنما كره اجتماعهما فيها لوجه ما، وعلى هذا وقعت يمينه فلا شيء عليه بدخول الواحدة **(وعتق بنفس الملك الأبـوان وإن علوا والولد وإن سفل كبنت)** ابن شاس: النظر الثاني في خواص العتق وهو ستة. الخاصة الثانية من ذلك عتق القرابة، فمن دخل في ملكه أحد عموديه أعني أصوليه وهو العمود الأعلى الآباء والأمهات والأجداد والجدات وآباؤهم وأمهاتهم من قبل الأب ومن قبل الأم وإن علوا، وفصوله وهو العمود الأسفل أعني المولود من الولد وولد الولد ذكورهم وإناثهم وإن سفلوا عتق عليه، وسواء دخل عليه قهراً بالإرث أو اختياراً بالعقد **(وأخ وأخت مطلقاً)** ابن شاس: ويلحق بالعمودين الجناح وهو

وَأَخٍ، وَأُخْتٍ مُطْلَقاً، وَإِنْ بِهِبَةٍ، أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ، إِنْ عَلِمَ الْمُعْطِي، وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ، وَوَلاَؤُهُ لَهُ، وَلاَ يُكَمَّلُ فِي جُزْءٍ لَمْ يَقْبَلْهُ كَبِيرٌ، أَوْ قَبِلَهُ وَلِيُّ صَغِيرٍ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ،

فرحون في شرح ابن الحاجب في النكاح في تقديم الأولياء سفل بفتح الفاء. وقال الجزولي في شرح الرسالة في الفرائض: زعم بعضهم أنه لا يقال سفل بالضم. وقال في القاموس: وقد سفل ككرم وعلم ونصر. انتهى فجعله مثلثاً والله أعلم. ص: **(وإن بهبة أو صدقة أو وصية إن علم المعطي ولو لم يقبل)** ش: يعني أن من ملك أحداً من قرابته المذكورين يعتق عليه وإن كان ملكه بهبة بأن وهب له سواء كانت هبة ثواب أو غيرها أو بصدقة، وإن تصدق به عليه، أو بوصية بأن أوصى له به وحمله الثلث فإنه يعتق عليه، قبله أم لا. ولا يشترط أن يعلم المعطي ـ بكسر الطاء ـ أنه ممن يعتق على المعطى ـ بفتح الطاء. هذا معنى كلامه وكلام ابن الحاجب وابن عبد السلام والتوضيح وابن عرفة والشامل. وليس في المدونة تعرض لهذا القيد وإنما ذكره في التوضيح وغيره فيما إذا وهب له أبوه وعليه دين ولم يعلم الواهب أنه أبوه، فهل يباع؟ تردد في ذلك ابن رشد، وجزم ابن يونس والمازري أنه يباع في الدين لأنه لم يقصد به العتق. قاله في باب التفليس. قال في باب الولاء منها: ومن أوصى له بمن يعتق عليه والثلث يحمله عتق عليه، قبله أم لا. وله ولاؤه ويبدأ على الوصايا. ثم إني وقفت على كلام ابن رشد في البيان فرأيته صرح بهذا القيد في رسم القطعان من سماع عيسى من العتق وفي رسم المكاتب من

عمود الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا دون أولادهم. **(وإن بهبة أو صدقة أو وصية)** أبو عمر: كل من هؤلاء يعتق على مالكه ساعة يتم ملكه عليه بأي وجه ملكه من بيع أو هبة أو صدقة أو وصية أو ميراث **(إن علم المعطي)** ابن المواز: من ورث أباه أو وهب له أو تصدق به عليه وعليه دين فقال أشهب: هو حر في ذلك كله ولا يباع في الدين، وقال ابن القاسم: أما إذا ورثه فإنه يباع في الدين ولا يباع في الهبة والصدقة لأن الواهب يقول: لم أهبه له ولم أتصدق عليه به إلا ليعتق لا ليباع عليه في الدين. ابن يونس: يريد ابن القاسم أنه إذا لم يعلم الواهب والمتصدق أنه ممن يعتق عليه فليبع عليه في الدين كالميراث، قاله بعض أصحابنا انتهى. فانظر هذا مع إطلاق خليل إن علم المعطي، وهذا الشرط في المدونة إذا كان للموهوب عليه دين **(ولم يقبل وولاؤه له)** ابن شاس: قال في كتاب الولاء: إن أوصى له بأبيه والثلث يحمله عتق عليه قبله أو رده والولاء له **(ولا يكمل في جزء لم يقبله كبير)** من المدونة: إذا أوصى له ببعض أبيه فإن قبله قوّم عليه باقيه، وإن رده فروى علي عن مالك أن الوصية تبطل. وقال ابن القاسم: إذا رده عتق عليه ذلك الشقص فقط. قاله مالك. وأما من ورث شقصاً ممن يعتق عليه فلا يعتق عليه منه إلا ما ورث فقط ولا تقوم عليه بقيته وإن كان ملياً لأن لم يجر الميراث إلى نفسه ولا يقدر على دفعه وفي الشراء والهبة والصدقة هو جر ذلك إلى نفسه لأنه قادر على دفعه **(أو قبله ولي صغير أو لم يقبله)** من المدونة قال مالك: من أوصى لصغير بشقص ممن يعتق عليه أو ورثته فقبل ذلك أبوه أو وصيه فإنما يعتق عليه ذلك الشقص فقط ولا يقوم على الصبي

لاَ بِإِرْثٍ، أَوْ شِرَاءٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيُبَاعُ، وَبِالْحُكْمِ، إِنْ عَمَدَ لِشَيْنٍ بِرَقِيقِهِ، أَوْ رَقِيقِ رَقِيقِهِ،

سماع عيسى من الصدقات. وأما مفهوم هذا القيد فلم أر من صرح به، لا ابن رشد ولا غيره. ونص ما في سماع عيسى: قوله «إنه إذا وهب له من يعتق عليه أو تصدق به عليه أو أوصى له به فحمله الثلث أن الولاء له، قبله أم لم يقبله، وأنه إذا وهب له شقص منه أو أوصى له به فلم يحمله الثلث أنه إن قبل قوم عليه الباقي، وإن لم يقبل عتق منه ما وهب له أو ما حمله الثلث وكان الولاء له على كل حال» هو قوله في المدونة. ووجهه أنه لما وهبه له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وقد علم أنه يعتق عليه إذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله إياه، حمل على أنه أراد عتقه عنه فكان الولاء له، قبله أم لا انتهى. ونحوه في الموضع الثاني من الصدقات، فمن وقف على غير هذا فليفده والله الموفق. **ص: (وبالحكم إن عمد لشين برقيقه) ش:** هذا هو المشهور. وقيل: يعتق بنفس المثلة. قال الشيخ يوسف بن عمر: وعلى الأول فله أن ينتزع ماله قبل الحكم، وعلى الثاني يتبعه ماله انتهى. وقوله «برقيقه» دخل فيه القن ومن فيه شائبة حرية وهو كذلك. قال في المدونة: ومن مثل بعبده أو بأم ولده أو بعبد لعبده أو لمدبره أو لأم ولده عتقوا عليه. ثم قال: وإن مثل بمكاتبه عتق عليه وينظر في جرحه لمكاتبه أو قطع جارحة منه فيكون عليه من ذلك ما على الأجنبي ويقاص بالأرش في الكتابة. فإن ساواها عتق عليه، وإن نافت عليه الكتابة عتق ولا يتبع ببقيتها، وإن ناف الأرش عليها اتبع المكاتب لسيده بالفضل وعتق عليه انتهى.

فرع: قال ابن أبي زيد في مختصره محمد بن المواز قال أشهب: إذا مثل بعبده وعليه دين يحيط بماله أنه يعتق بماله وإن أحاط الدين به لأنه عتق جناية حدها العتق، وكذلك في العبد يمثل بعبده، وكذلك قال في المولى عليه يمثل بعبده. وقيل: لا يعتق بالمثلة على العبد والمديان والسفيه وهو الذي رجع إليه ابن القاسم في السفيه، وكان يقول: يعتق ولا يتبعه ماله. وقال ابن وهب: يعتق ويتبعه ماله انتهى.

فرع: قال في المدّونة: قال يحيى بن سعيد: ويعاقب من مثل بعبده ويعتق عليه انتهى. **ص: (أو برقيق رقيقه) ش:** شمل الرقيق المكاتب وليس كذلك. قال في المدّونة: وإن مثل بعبد

بقيمته ولا على الأب أو الوصي الذي قبله، وإن لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي، وكل ما جاز بيعه وشراؤه على الصبي فقبوله الهبة جائز وذلك في الأب والوصي **(إلا بإرث أو شراء وعليه دين فيباع)** تقدم أن من ورث شقصاً ممن يعتق عليه لا يقوم عليه بقيته لأنه لم يجر الميراث إلى نفسه، وتقدم نص ابن القاسم: أما إذا ورثه فإنه يباع للغرماء، وقال ابن يونس: أما إن اشتراه أعني من يعتق عليه وعليه دين فليبع في دينه. وكذلك إن ورثه وعليه دين عند ابن القاسم **(وبالحكم إن عمد لشين برقيقه ورقيق رقيقه)** ابن شاس: الخاصية الثالثة العتق بالمثلة، ابن الحاجب: من مثل برقيقه عمداً

أَوْ لِوَلَدٍ صَغِيرٍ: غَيْرُ سَفِيهٍ، وَعَبْدٍ، وَذِمِّيٌّ بِمِثْلِهِ، وَزَوْجَةٍ، وَمَرِيضٍ فِي زَائِدِ الثُّلُث، وَمَدِينٍ: كَقَلْعِ

مكاتبه لم يعتق عليه وكان عليه إلا أن يكون ما نقصه مثلة مفسدة فإنه يضمنه ويعتق عليه. وكذا في عبد زوجته مع العقوبة في تعمده انتهى. ص: (أو لولد صغير) ش: يعني وكذا يعتق عليه رقيق ولده الصغير إذا مثل به ومثل الصغير المولى عليه الكبير. قال في العتق الثاني من المدّونة إثر كلامه المتقدم: وكذلك إن مثل بعبد لابنه الصغير فإنه يعتق عليه إن كان ملياً ويغرم قيمته انتهى. قال اللخمي في كتاب العتق الثاني: فصل: ومثلته بعبد ولده الصغير كمثلته بعبد نفسه إن كان موسراً بقيمته، وإن كان معسراً لم يقوم عليه. قال: وهو بمنزلة ما لو أعتقه وليس بالبين لأنه إنما ألزم القيمة إذا أعتقه لأنه ألزم ذلك رضي أن يأخذه لنفسه بقيمته، وليس تعديه بالمثلة رضا بعتقه، وتمثيله بعبد ولده الكبير بمنزلة مثلته بعبد غيره من الأجنبيين إلا أن يكون الولد سفيهاً في ولاية أبيه فيعتق على قول ابن القاسم انتهى. ونقله ابن عرفة ونقله في التوضيح وزاد بعد قوله من الأجنبين ما نصه: لا يعتق عليه إلا أن تبطل منافعه انتهى. وفي الفصل الرابع من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون مسألة: لو جنى رجل على عبد رجل جناية مفسدة غرم قيمته وعتق عليه وإن كره سيده على الأصح. وقيل: إن اختار أخذه فله ذلك انتهى. وقد تقدم للمصنف في فصل التعدي حيث قال: وعتق عليه إن قوم ولا منع لصاحبه في الفاحش على الأرجح. انتهى والله أعلم.

تنبيه: قال في المقرب: ومن مثل بعبيد امرأته عوقب وضمن ما نقص إلا أن تكون مثلة فاسدة فيضمن قيمتهم ويعتقون عليه انتهى. وتقدم لفظ المدونة في ذلك في القولة التي قبلها. ص: (كقطع ظفر إلى آخره) ش: هذه أمثلة المثلة. وكذلك إذا خصاه قال في عتقها الثاني: وإن قطع أنملة من أصبع عبده عمداً أو أحرق شيئاً من عبيده بالنار على وجه العذاب أو خصاه

مثلة شين عتق عليه وعزر. ابن عرفة: المذهب وجوب العتق بتمثيل السيد في رقيق له. ومن المدونة: من مثل بعبده أو بأم ولده أو بمدبره أو بعبد عبده أو بمدبره أو بأم ولده عتق عليه. وظاهر المدونة شرط المثلة بمطلق العمد للضرب وإن لم يقصد مثلة (أو لولد صغير) من المدونة: من مثل بعبد ابنه الصغير عتق عليه إن كان ملياً وغرم قيمته. ابن عرفة: مفهومه أن الكبير كالأجنبي. وقاله اللخمي عن المذهب إلا أن يكون سفيهاً في ولايته فهو كالصغير (غير سفيه) ابن عرفة: وفي اعتبار تمثيل السفيه بعبده كالرشيد ولغوه قولان، الذي ثبت عليه ابن القاسم لغوه (وعبد) ابن عرفة: عن اللخمي: وابن يونس لابن القاسم أن تمثيل المدبر لعبده والعبد بعبده لغو (وذمي بمثله) ابن عرفة: تمثيل الذمي بعبده المسلم يعتقه (وزوجة ومريض في زائد الثلث) ابن عرفة: في كون تمثيل ذات الزوج كابتداء عتقها ولزوم عتقها به ولو كره الزوج نقلا اللخمي وعزا ابن يونس الأول لابن القاسم (ومدين) تقدّم تمثيل المدبر لغو عند ابن القاسم (كقطع ظفر) من المدونة: قطع الأنملة مثلة. ابن القاسم وغيره: إن قطع ظفره أو

ظُفْرٍ، وَقَطْعِ بَعْضِ أُذُنٍ، أَوْ جَسَدٍ أَوْ سِنٍّ، أَوْ سَحْلِهَا أَوْ خَرْمِ أَنْفٍ، أَوْ حَلْقِ شَعْرِ أَمَةٍ رَفِيعَةٍ، أَوْ لِحْيَةِ تَاجِرٍ، أَوْ وَسْمِ وَجْهٍ بِنَارٍ، لاَ غَيْرِهِ، وَفِي غَيْرِهَا فِيهِ: قَوْلاَنِ. وَالْقَوْلُ لِلسَّيِّدِ فِي نَفْيِ الْعَمْدِ، لاَ فِي

قال ربيعة: أو قطع حاجبيه قال مالك: أو سحل أسنان أمته بالمبرد أو قلعها على وجه العذاب، فهي مثلة يعتق عليه بها انتهى. ونقله ابن أبي زمنين في المقرب والمنتخب. ولفظة: قال مالك: ومن خصى عبده عتق عليه انتهى. وقال ابن أبي زيد في مختصر المدونة: والمثلة التي يعتق بها العبد على سيده قطع، وكذلك إن قطع أنملة العبد أو خصاه. قال ربيعة: أو قطع حاجبيه. قال ابن القاسم: أو قلع أسنانه على وجه العذاب، وكذلك أفتى مالك وغيره في التي سحلت أسنان جاريتها. ولو أحرقه بالنار على وجه العذاب عتق وإن كواه تداوياً لم يعتق انتهى. وانظر اللخمي والزناتي وكلام التوضيح في أواخر الجهاد عند قول ابن الحاجب «ولو سرقوا في معاهدتهم» نص ما في التوضيح مالك وغيره: وإن خصاء المستأمن أو المعاهد عبده لا يعتق عليه وكأنه خصاه ببلده انتهى. وكلام اللخمي والزناتي هو أنهما جعلا العتق بالمثلة على أربعة أوجه، يعتق في واحد ولا يعتق في ثلاثة. فالذي يعتق فيه أن يكون عمداً على وجه العذاب، والتي لا يعتق فيها أن يكون خطأً أو عمداً على وجه المداواة والعلاج أو شبيهة بالعمد وليست بصريحة مثل أن يحذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك عضو. قال ابن دينار في شرح ابن مزين: لا يكون مثلة بضربة أو رمية وإن كان عامداً لذلك إلا أن يكون عامداً للمثلة بضجعة فيمثل به وفي مثل ما يستقاد للابن من أبيه وهذا صحيح، لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله

ضرسه أو سنه عتق عليه **(وقطع بعض أذن أو جسد)** روى محمد: إن قطع طرف أذنه أو بعض جسده عتق عليه **(أو سن)** تقدم قول ابن القاسم **(أو سحلها)** ابن شاس: سحل الأسنان شين معناه يبردها حتى تذهب، قاله مالك **(أو خرم أنف)** نقل ابن حبيب: لو خرم أنف عبده عتق عليه **(أو حلق شعر أمة رفيعة أو لحية تاجر)** روى ابن الماجشون: حلق رأس العبد النبيل والأمة الرفيعة مثلة لا في غيرها. ابن الحاجب: وحلق رأس الأمة ولحية العبد ليس بشين إلا في التاجر المحترم والأمة الرفيعة **(أو وسم وجه بنار)** ابن القاسم: من كتب في وجه عبده أو جبهته أنه آبق عتق عليه. وقاله أصبغ وأشهب. وقال أصبغ: ولو فعل ذلك في ذراعيه وباطن جسده لم يعتق عليه. وقال ابن وهب: من عرف بالإباق فوسم سيده في وجهه عبد فلان عتق عليه، وكذلك لو فعله بمداد وإبرة عتق عليه. وقال أشهب: لا يعتق عليه **(لا غيره)** تقدم قول أصبغ: لو فعل ذلك في ذراعيه أو باطن جسده لم يعتق عليه **(ولا غيرها فيه قولان)** ابن الحاجب: وفي رسم وجهه بغير نار قولان **(والقول للسيد في نفي العمد)** رجع سحنون إلى أن من فقأ عين عبده أو عين امرأته فقولان. فعل ذلك بنا عمداً وقال السيد والزوج: بل أدبتهما فأخطأت أنه لا شيء على السيد ولا على الزوج حتى يظهر العداء والقول قول السيد والزوج **(لا في عتق بمال)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا قال سيد العبد: أعتقته على مال

عِتْقٍ بِمَالٍ، وَبِالْحُكْمِ جَمِيعُهُ، إِنْ أُعْتِقَ جُزْءاً وَالْبَاقِي لَهُ: كَأَنْ بَقِيَ لِغَيْرِهِ،

وقد يريد تهديده ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق عن المثلة، وقد يريد المثلة حقيقة فإذا احتمل فعله الوجهين حلف أنه لم يقصد ذلك وترك. وقال سحنون في كتاب ابنه: إذا ضرب رأسه فنزل الماء في عينيه لم يعتق عليه لأنه يحتمل أن يكون قصد ضرب الرأس دون ما أحدث. انتهى من اللخمي ونقله الزناتي وغيره. فانظر على هذا إذا خصى الإنسان عبده فإن كان قاصداً لتعذيبه فإنه يعتق عليه كما لو غار السيد منه، فإن رآه يتعرض لحريمه أو ما أشبه ذلك فقصد بخصائه تنكيله بذلك كما ورد عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه قال: كان لزنباع عبد يسمى سندر بن سندر فوجده يقبل جارية له فجبه وجذع أنفه، فعتقه رسول الله ﷺ وقال: من مثل بعبده وأحرقه بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله. ذكره اللخمي وغيره. وإن حصل للعبد في ذلك الموضع مرض فأدى علاجه ومداواته إلى خصائه لم يعتق عليه، وأما إذا خصاه لا لتعذيبه ولا لقصد المداواة بل ليزيد ثمنه فمفهوم أول كلام اللخمي أنه لا يعتق عليه وإن كان ذلك لا يجوز بالإجماع كما نقله الجزولي وغيره. وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى في سورة النساء ﴿ولأضلنهم﴾ [النساء: ١١٩] ولم يختلفوا أن خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز وأنه مثلة وتغيير لخلق الله، وكذلك قطع سائر أعضائه من غير حد ولا قود. قاله أبو عمران انتهى. وقال في تفسير قوله تعالى ﴿فليغيرن خلق الله﴾ [النساء: ١١٩] . واعلم أن الوسم والإشعار مستثنى من نهيه ﷺ عن شريطة الشيطان ومن نهيه عن تعذيب الحيوان بالنار. والوسم الكي بالنار وأصله العلامة. وثبت في صحيح مسلم عن أنس أنه قال: رأيت في يد رسول الله ﷺ الميسم وهو يسم إبل الصدقة والفيء وغير ذلك حتى يعرف كل مال فيؤدي حقه ولا يتجاوز به إلى غيره انتهى. وفي المسائل الملقوطة مسألة: ولا يجوز بيع الخصي والمجبوب لأنه بمجرد الفعل عتق على مالكه. وقيل: يجوز بيعه إذا كان سيده كافراً انتهى. **ص: (وبالحكم جميعه إن أعتق جزءاً) ش:** قال ابن رشد: سألني سائل أن أوضح له معنى قول القاضي أبي محمد في التلقين «ولا يجوز تبعيض العتق ابتداء ومن بعض العتق باختيار له أو بسببه لزمه تكميله كان البعض له أو لغيره بشرطين: أحدهما وجود ثمنه، والآخر بقاء ملكه. وقيل: في هذا يلزم في ثلثه وسواء كان أحد الثلاثة مسلماً أو ذمياً. فقلت: أما قوله «ولا يجوز تبعيض العتق» فهو كلام ليس على حقيقته ظاهره لأن تبعيض العتق هو أن

وقال العبد: على غير مال، فالقول قول العبد ويحلف **(وبالحكم جميعه إن أعتق جزءاً والباقي له)** ابن شاس: الخاصية الأولى العتق بالسراية. من المدونة: من أعتق جزءاً من عبده عتق جميعه انتهى. وانظر هل يجوز هذا ابتداء قال في التلقين: لا يجوز تبعيض العتق ابتداء. قال ابن رشد: ليس هذا على حقيقته **(كأن بقي لغيره)** من المدونة: من أعتق شركاً له في عبد بإذن شريكه أو بغير إذنه وهو مليء

إنْ دَفَعَ الْقِيمَةَ يَوْمَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُسْلِماً أَوِ العَبْدُ، وَإِنْ أَيْسَرَ بِهَا، أَوْ بِبَعْضِهَا فَمُقَابِلُهَا، وَفَضَلَتْ عَنْ مَتْرُوكِ الْمُفْلِسِ وَإِنْ حَصَلَ عِتْقُهُ باخْتِيَارِهِ، لاَ بِإِرْثٍ، وَإِنْ ابْتَدَأَ الْعِتْقَ، لاَ إِنْ كَانَ حُرَّ الْبَعْضِ، وَقُوِّمَ عَلَى الأَوَّلِ،

يعتق الرجل بعض عبده أو شقصاً له في عبد، ومن فعل ذلك لزمه العتق ومضى بلا خلاف ولزمه فيه حكم وهو التتميم، لأن النبي ﷺ إنما قال «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل» ولم يقل من أعتق شركاً له في عبد لم يجز. ولو قال ذلك لوجب أن يرد عتق من أعتق بعض عبده أو شقصاً له، ولا يصح أن يطلق في العتق أنه غير جائز إلا فيما يجب رده كعتق عبد غيره فمراده رضي الله عنه بقوله «ولا يجوز» أي لا يجوز إقرار العتق مبعضاً إلا أن يمنع من تتميمه مانع وهذا مفهوم لا إشكال فيه وإنما ذكرنا وجه مراده لنبين أنه ليس على حقيقة مقتضى كلامه وأن فيه تجاوزاً وللمخاطب أن يجاوز في اللفظة إذا أمن إشكال المعنى. انتهى.

فرع: إذا أعتق أحد الورثة نصيبه من عبد من عبيد الميت فإنه يقوم عليه ويعتق جميعه. يفهم ذلك من كلامهم في مسألة من أقر أن أباه أعتق عبده. ذكرها في العتق الثاني في المدونة. ص: **(إن دفع القيمة يومه)** ش: أي يوم الحكم. قال ابن الحاجب: وعلى الأظهر يقوم

قوم عليه حظ شريكه بقيمته يوم القضاء وعتق عليه. **(إن دفع القيمة يومه)** ابن الحاجب: لو رضي الشريك باتباع ذمة المعسر لم يكن ذلك له على الأصح. ومن المدونة: إذا أعتق الملي شقصاً له في عبد فأخذه شريكه بالقيمة على أن زاده فيها فذلك حرام. قال: ومن أعتق شركاً له في عبد وهو مليء قوم عليه نصيب صاحبه بقيمته يوم القضاء **(وإن كان المعتق مسلماً أو العبد)** ابن شاس: إن أعتق العبد المسلم كمل عليه، مسلماً كان العبد أو غير مسلم. وإن أعتق الذمي ففرق ابن القاسم فألزم التقويم إذا كان العبد مسلماً وأسقطه إذا كان ذمياً. ولا خلاف في التقويم إذا كان السيدان مسلمين وإن كان العبد ذمياً وأولى إذا كان الثلاثة مسلمين كما لا يختلف أنا لا نلزمهما التقويم إذا كانوا ذميين، ولو كان الشريكان ذميين والعبد مسلماً ففي التقويم روايتان **(وإن أيسر بها أو ببعضها فمقابلها)** ابن الحاجب: قوم عليه الباقي بشرط أن يكون موسراً به. ابن شاس: فإن كان موسراً بالبعض لسري بذلك القدر وهو نص المدونة **(وفضلت عن متروك مفلس)** من المدونة: يباع عليه الكسوة ذات البال ولا يترك له إلا كسوته التي لا بد له منها وعيشة الأيام. ابن شاس: كما في الديون التي عليه **(وإن حصل عتقه باختياره لا بإرث)** تقدم نص المدونة: من ورث شقصاً ممن يعتق عليه فلا يعتق منه إلا ما ورث فقط بخلاف الشراء والهبة لأنه جر ذلك إلى نفسه لأنه كان قادراً على دفعها **(وإن ابتدأ العتق لا إن كان حر البعض وقوم على الأول)** ابن الحاجب: قوم عليه بشرط أن يكون هو المبتدي لتبعيض العتق فإن كان بعضه حراً لم يقوم عليه، وكذلك لو كانوا جماعة فالتقويم على الأول. ومن المدونة قال ابن القاسم: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو مليء ثم أعتق شريكه نصف نصيبه عتق

وَإِلاَّ فَعَلَى حِصَصِهِمَا، إِنْ أَيْسَرَ، وَإِلاَّ فَعَلَى الْمُوسِرِ، وَعُجِّلَ فِي ثُلُثِ مَرِيضٍ أُمِنَ، وَلَمْ يُقَوَّمْ عَلَى مَيِّتٍ لَمْ يُوصِ، وَقُوِّمَ كَامِلاً بِمَالِهِ بَعْدَ امْتِنَاعِ شَرِيكِهِ مِنَ الْعِتْقِ وَنُقِضَ لَهُ بَيْعٌ مِنْهُ،

يوم الحكم لا يوم العتق. قال في التوضيح: هذا إذا أعتق نصيبه خاصة، وأما إن عم العتق فيوم العتق كما ذكرناه من كلامه في الجواهر. ص: **(وعجل في ثلث مريض أمن)** ش:هكذا قال في كتاب العتق الثاني من المدونة.

فرع: قال ابن عرفة: قال ابن رشد في ثاني مسألة من رسم العتق من سماع أشهب: من أعتق شقصاً من عبده أو عبد بينه وبين شريكه في المدونة لا خلاف أن ذلك من الثلث ما أعتق منه وما بقي إن مات من ذلك المرض ولم يصح منه. واختلف في تعجيل التقويم في المرض على قولين: أحدهما أنه لا يعجل ولا ينظر فيه إلا بعد الموت وهو نص المدونة، والثاني أنه يعجل التقويم في المرض وهو قائم من المدونة. وعليه فلا ينفذ العتق حتى يصح فيكون من رأس المال، أو يموت فتكون القيمة من الثلث ينفذ فيه ما حمل منها ورق الباقي للورثة أو الشريك، وسواء كان له مال مأمون أو لم يكن. وقيل: إن هذا إنما يكون إن لم يكن له مال مأمون، وأما إن كان له مال مأمون عتق في المرض جميعه إن كان له مال وقوم عليه فيه حظ شريكه إن كان له شريك وهو أحد قولي مالك في المدونة انتهى. ص:

باقي حصته عليه لأنه قد أتلف نصيبه بعتقه لبعضه، ولا يقوم على الأول إلا إذا أقيم عليه والعبد غير تالف **(وإلا فعلى حصصهما إن أيسرا وإلا فعلى الموسر)** من المدونة قال مالك: لو كان العبد لثلاثة نفر فأعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر نصيبه وهما مليئان فأراد التمسك بالرق أو يضمن الثاني، فليس له ذلك وإنما له أن يضمن الأول لأنه هو الذي ابتدأ الفساد. فإن كان الأول عديماً فلا تقويم على الثاني ولو كان موسراً، ولو أعتقا جميعاً قوم عليهما إن كانا مليين، فإن كان أحدهما ملياً والآخر معسراً قوم جميع باقيه على الموسر **(وعجل في ثلث مريض أمن)** من المدونة: إذا أعتق المريض شقصاً له في عبد أو نصف عبد يملك جميعه، فإن كان ماله مأموناً عتق عليه الآن جميعه وغرم قيمة حظ شريكه، وإن كان غير مأمون لم يعتق نصيبه ولا نصيب شريكه إلا بعد موته فيعتق جميعه في الثلث ويغرم قيمة حظ شريكه، فإن لم يحمله الثلث عتق منه مبلغه ورق ما بقي ولزمه عتق بقيته إن عاش **(ولم يقوم على ميت)** من المدونة: إن أعتق أحد الشريكين حظه من عبد في صحته فلم يقوم عليه حتى مات لم يعتق منه إلا ما كان عتق ولا يقوم على ميت وكذلك لو فلس **(لم يوص)** ثالث الأقوال قول مالك إن أوصى بعتق نصيبه وتقويم حظ شريكه فأبى شريكه فإنه لم يقوم عليه وقوم كاملاً بماله. أبو عمر: إن الذي اتفق عليه أصحابنا أنه يقوم على أن جميعه مملوك ثم يقوم على ما يسوى في خبرته وصنعته وبماله. وفي الرسالة: قوم عليه نصيب شريكه بقيمته يوم يقام عليه **(بعد امتناع شريكه من العتق)** قال مالك: لا يقوم إلا بعد تخيير الشريك في العتق والتقويم **(ونقض له بيع شريكه)** من المدونة: إن أعتق أحد الشريكين حصته وهو موسر ثم

وَتَأْجِيلُ الثَّانِي، أَوْ تَدْبِيرُهُ، وَلاَ يَنْتَقِلُ بَعْدَ اخْتِيَارِهِ أَحَدَهُمَا وَإِذَا حُكِمَ بِمَنْعِهِ لِعُسْرِهِ: مَضَى: كَقَبْلَهُ، ثُمَّ أَيْسَرَ، إِنْ كَانَ بَيِّنَ العُسْرِ وَحَضَرَ الْعَبْدُ

(وتأجيل الثاني أو تدبيره) ش: يريد إذا كان الأول موسراً، وأما إن كان معسراً لا اعتراض على الثاني فيما فعل. نقله في التوضيح. ص: **(وإذا حكم ببيعه لعسر مضى)** ش: قد تقدم أن من أعتق حصته في عبد وكان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وأنه لا يجوز لشريكه بيعه ويفسخ بيعه إن فعل، فإن كان معتق الحصة معسراً بقي سهم شريكه رقيقاً يجوز له بيعه. فقال المؤلف رحمه الله هنا: وإذا حكم ببيعه لعسر أي إذا حكم بجواز بيع البعض الباقي من العبد المعتق بعضه لعسر المعتق، مضى الحكم بذلك ولا ينقض ليسره ثانية. قال في أواخر العتق الأول منها: وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فرفع إلى الإمام فلم يقوم عليه لعسره، ثم أيسر بعد ذلك فاشترى حصة شريكه لم يعتق. ولو رفع ذلك إلى الإمام فلم يقوم عليه ولا نظر في أمره حتى أيسر لقوم عليه انتهى. وفرض المسألة في المدونة فيما إذا أعتق وهو معسر، وكلام المؤلف وابن الحاجب شامل لذلك. وأما إذا أعتق في حال يسره ولم يرفع أمره إلا بعد عسره فحكم القاضي بعدم التقويم عليه، فالظاهر أنهما سواء. وقد قال في المدونة قبله بيسير: وإن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره فلا شك أنه لا يقوم عليه انتهى. ويريد في المدونة بقوله المتقدم: ولو رفع ذلك إلى الإمام إلى آخره ما لم يكن بين العسر كما سيأتي في المسألة الآتية فإنه ذكرها في المدونة قبلها. ص: **(كقبله ثم أيسر إن كان بين العسر)** ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإن أعتق معسر شقصاً له في عبد فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر فقال مالك قديماً: إنه يقوم عليه ثم قال: إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه فلا يعتق عليه،

باع الآخر نصيبه نقض البيع وقوم على المعتق **(وتأجيل الثاني)** من المدونة: إذا أعتق المليء شقصاً له في عبد فليس لشريكه أن يعتق نصيبه إلى أجل ما أعتق بتلاً أو قوم على شريكه **(وتدبيره)** من المدونة: إن أعتق المليء شقصاً له في عبد وأعتق شريكه حصته إلى أجل أو دبر أو كاتب رد إلى التقويم إلا أن يبتله **(ولا ينتقل بعد اختياره أحدهما)** من المدونة: إن أعتق نصيبه في يسره فقال شريكه: أنا أقوم عليه نصيبي ثم قال بعد ذلك: أنا أعتق لم يكن له إلا التقويم **(وإذا حكم ببيعه لعسر مضى)** ابن الحاجب: إذا حكم بسقوط التقويم لعسره فلا تقديم بعد ولو لم يحكم فأيسر ففي إثباته روايتان **(كقبله ثم أيس إن كان بين العسر وحضر العبد)** من المدونة: إن أعتق معسر شقصاً له في عبد فلم يقوم عليه حظ شريكه حتى أيسر فقال مالك قديماً: يقوم عليه. ثم قال: إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق إنه إنما ترك القيام لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك، وإن كان العبد غائباً فلم يقوم عليه حتى أيسر المعتق فنصيبه

وَأَحْكَامُهُ قَبْلَهُ: كَالْقِنِّ، وَلاَ يَلْزَمُ اسْتِسْعَاءُ الْعَبْدِ، وَلاَ قَبُولُ مَالِ الْغَيْرِ، وَلاَ تَخْلِيدُ الْقِيمَةِ فِي ذِمَّةِ الْمُعسِرِ بِرِضَا الشَّرِيكِ، وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ لأَجَلٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ لِيُعْتَقَ جَمِيعُهُ عِنْدَهُ، إِلاَّ أَنْ يَبُتَّ الثَّانِي، فَنَصِيب الأَوَّلِ عَلَى حَالِهِ، وَإِنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ: تَقَاوَيَاه لِيُرَقَّ كُلُّهُ أَوْ يُدَبَّرَ، وَإِنْ ٱدَّعَى الْمُعْتَقُ عَيْبَهُ: فَلَهُ ٱسْتِحْلاَفُهُ، وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ، أَوْ أَجَازَ عِتْقَ عَبْدِهِ جزءاً: قُوِّمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ، وَإِنْ: احْتِيجَ لِبَيْعِ الْمُعْتِقِ: بِيعَ، وَإِنْ أَعْتَقَ أَوَّلَ وَلَدٍ: لَمْ يَعْتِقِ الثَّانِي، وَمَاتَ وَإِنْ أَعْتَقَ جَنِيناً، أَوْ دَبَّرَهُ: فَحُرٌّ، وَإِنْ لأَكْثَرِ الْحَمْلِ، إِلاَّ لِزَوْجٍ مُرْسَلٍ عَلَيْهَا، فَلأَقَلِّهِ،

وإن أيسر بعد ذلك، وأما لو كان العبد غائباً فلم يقوم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوم عليه بخلاف الحاضر، وإن أعتق في يسره فلم يطالب حتى أعسر ثم أيسر فقام شريكه حينئذ قوم عليه انتهى. ص: **(إلا أن يبت الثاني فنصيب الأول على حاله)** ش: ظاهر كلامه أنه لا يمنع التقويم إلا إذا بت الثاني وأنه لو أعتق الثاني نصيبه إلى ذلك الأجل لم يمنع وليس

يقوم عليه بخلاف الحاضر **(وأحكامه قبله كالقن)** ابن القاسم: إن مات العبد عن مال قبل التقويم أو قتل فقيمته وما ترك بينهما لأن العتق لم يتم **(ولا يلزم استسعاء العبد ولا قبول مال الغير)** مالك: لا يستسعى العبد إذا كان المعتق معسراً إلا أن يتطوع سيده فذلك له، وكذلك لو عرض للعبد أن يعطي ماله ويعتق لم يكن له، وكذلك ما استفاد من مال قبل. ابن عرفة: لأنه معتق بعضه **(ولا تخليد القيمة في ذمة المعسر برضا الشريك)** ابن الحاجب: لو رضي الشريك باتباع ذمة المعسر لم يكن ذلك له على الأصح. **(ومن أعتق حصته إلى أجل قوم عليه ليعتق جميعه عنده)** من المدونة: إن أعتق أحد الشريكين حظه من العبد إلى أجل قوم عليه الآن ولم يعتق حتى إلى الأجل **(إلا أن يثبت الثاني فنصيب الأول على حاله)** سمع عيسى ابن القاسم: من أعتق حظه من عبد وأجله إلى سنة وأعتق الآخر بتلاً رجع ابن القاسم فقال: أحسن ما فيه أن يكون على حاله. ابن رشد: هذا هو المنصوص عليه في المدونة **(وإن دبر حصته تقاوياه ليرق كله أو يدبر)** ابن الحاجب: من دبر حصته لم يسر ويتقاوياه فيكون رقيقاً كله أو مدبراً. اللخمي: المقاواة جنوح لجواز بيع المدبر وأتى بثلاثة أقوال زائدة على هذا **(ولو ادعى المعتق عيبه فله استحلافه)** الباجي: لو ادعى المعتق عيباً بالعبد وأنكره شريكه ففي وجوب حلفه قولان القول الأول هو ثاني قولي ابن القاسم **(وإن أذن السيد أو أجاز عتق عبده جزءاً قوم في مال السيد وإن احتيج لبيع المعتق)** ابن الحاجب: إذا أذن السيد أو أجاز عتق عبده جزءاً قوم في مال سيده وإن احتيج إلى بيع المعتق **(وإن أعتق أول ولد لم يعتق الثاني ولو مات)** من المدونة: من قال لأمة: أول ولد تلدينه حر فولدت ولدين في بطن واحد، عتق أولهما خروجاً، فإن خرج الأول ميتاً فلا عتق للثاني **(فإن أعتق جنيناً أو دبره فحر وإن لأكثر الحمل إلا لزوج مرسل عليها فلأقل الحمل)** من المدونة: إن أعتق ما في بطن أمته أو دبره وهي حامل يومئذ فما أتت به من ذلك الحمل إلى أقصى حمل النساء فحر، أو مدبر إن كان لها زوج ولا يعلم أن بها حملاً يوم عتقه فلا يعتقها هنا إلا ما وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم العتق، ولو كانت الأمة يوم العتق ظاهرة الحمل من زوج أو غيره عتق ما أتت به ما بينها

وَبِيعَتْ إِنْ سَبَقَ الْعِتْقَ دَيْنٌ، وَرُقَّ، وَلاَ يُسْتَثْنَى بِبَيْعٍ، أَوْ عِتْقٍ، وَلَمْ يَجُزِ اشْتِرَاءُ وَلِيٍّ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى وَلَدٍ صَغِيرٍ بِمَالِهِ، وَلاَ عَبْدٍ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ، وَإِنْ دَفَعَ عَبْدٌ مَالاً لِمَنْ يَشْتَرِيهِ، فَإِنْ قَالَ اشْتَرِنِي لِنَفْسِكَ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، إِنِ اسْتَثْنَى مَالَهُ، وَإِلاَّ غَرِمَهُ، وَبِيعَ فِيهِ، وَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْعَبْدِ، وَالْوَلاَءُ لَهُ: كَلِتَعْتِقَنِي، وَإِنْ قَالَ لِنَفْسِي: فَحُرٌّ وَوَلاَؤُهُ لِبَائِعِهِ، إِنِ اسْتَثْنَى مَالَهُ، وَإِلاَّ رُقَّ، وَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيداً فِي مَرَضِهِ أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِهِمْ، وَلَوْ سَمَّاهُمْ، وَلَمْ يَحْمِلْهُمُ الثُّلُثُ، أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ ثُلُثِهِمْ أَوْ

كذلك، بل الحكم كذلك إذا أعتق الثاني حصته إلى الأجل الذي أعتق الأول إليه. قاله ابن رشد في رسم أوصى وفي رسم جاع من سماع عيسى من كتاب العتق، ونقله ابن عرفة، ونقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم في العتبية. ص: **(وإن أعتق عبيداً في مرضه إلى**

وبين أربع سنين. قال غيره: إن كان الزوج مرسلاً عليها وليست بينة الحمل أنظرت إلى حد ستة أشهر، وإن كان غائباً أو ميتاً فما ولدت إلى أقصى أمد النساء فهو حر **(وبيعت وإن سبق العتق دين ورق ولا يستثنى ببيع أو عتق)** من المدونة قال ابن القاسم: الذي يعتق ما في بطن أمته في صحته لا تباع وهي حامل إلا في قيام بدين استحدثه السيد قبل عتقه أو بعده فتباع إذا لم يكن له مال غيرها ويرق جنينها إذ لا يجوز استثناؤه. فأما إن قام الغرماء بعد الوضع فانظر، فإن كان الدين بعد العتق عتق الولد من رأس المال ولدته في مرض السيد أو بعد موته وتباع الأم وحدها في الدين ولا يفارقها ولدها، وإن كان الدين قبل العتق بيع الولد للغرماء إن لم تف الأم بدينهم **(ولم يجز شراء ولي من يعتق على ولد صغير بماله)** اللخمي: يختلف هل يجوز للأب أن يشتري لولده الصغير من يعتق عليه، فمنعه ابن القاسم **(ولا عبد لم يؤذن له من يعتق على سيده)** من المدونة: إن اشترى عبد غير مأذون له من يعتق على سيده لم يجز شراؤه **(وإن دفع عبد مالاً لمن يشتريه به فإن قال: اشترني لنفسك فلا شيء عليه إن استثنى ماله وإلا غرمه كلتعتقني وبيع فيه ولا رجوع له على العبد والولاء له)** من المدونة: إذا دفع العبد مالاً لرجل وقال له: اشترني لنفسك أو دفعه إليه ليشتريه ويعتقه ففعل الرجل ذلك فالبيع لازم، فإن كان المشتري استثنى مال العبد لم يغرم الثمن ثانية، وإن لم يستثنه فليغرم الثمن ثانية للبائع ويعتق الذي شرط العتق ولا يتبعه الرجل بشيء ويرق له الآخر. وإن لم يكن للمشتري مال رد عتق العبد وبيع في ثمنه، فإن كان فيه وفاء أعطاه السيد، وإن كان فيه فضل عتق منه بقدر ذلك الفضل، ولو بقي من الثمن شيء بعد بيع العبد كان في ذمة الرجل **(وإن قال لنفسي فحر وولاؤه لبائعه إن استثنى ماله وإلا رق)** ابن المواز: إن قال له العبد: اشترني بهذا المال لنفسي ففعل واستثنى له ماله فهو حر مكانه لأنه ملك نفسه وولاؤه للسيد البائع، وإن لم يستثن ماله عاد رقاً لبائعه والمال له ولا يتبع المشتري بثمنه كان ملياً أو معدماً **(وإن أعتق عبيداً في مرضه أو أوصى بعتقهم ولو سماهم ولم يحملهم الثلث أو أوصى بعتق ثلثهم أو بعدد سماه من أكثر أقرع)** أما مسألة من أعتق عبيداً في مرضه أو أوصى بعتقهم فقال أبو عمر: لم يختلف قول

بِعَدَدٍ سَمَّاهُ مِنْ أَكْثَرَ: أُقْرِعَ: كَالْقِسْمَةِ، إِلاَّ أَنْ يُرَتِّبَ: فَيَتَّبِعُ، أَوْ يَقُولَ ثُلُثَ كُلٍّ، أَوْ أَنْصَافَهِمْ، أَوْ

قوله أقرع) ش: انظر هذا مع قوله في التوضيح. قال في الوصايا إن المدبرين في الصحة إذا تعاقبوا قدم الأول فالأول وإلا فالمشهور أنه يعتق منهم بالحصص. وقيل: يقرع بينهم انتهى. إلا أن يقال ما في الصحة لا قرعة فيه وقد صرح هنا في التوضيح بأن العتق في الصحة لا قرعة فيه فتأمله والله أعلم. ص: (أو أثلاثهم) ش: يعني فيعتق من كل واحد ثلثه. قال أبو الحسن في أول كتاب الوصايا: قال عبد الحق: لو قال أثلاث رقيقي لفلان فإن لفلان ثلثهم بالقرعة بخلاف ما لو قال أثلاث رقيقي أحرار لأنه في الوصية يكون شريكاً في كل واحد،

مالك فيمن أوصى بعتق عبيده في مرضه ولا مال له غيرهم أنه يقرع بينهم فيعتق ثلثهم بالسهم، ولم يختلف أكثرهم أن هذا حكم من أعتق عبيده في مرضه بتلاً ولا مال له غيرهم إلا أشهب وأصبغ فإنهما قالا: إنما القرعة في الوصية. ابن عرفة: والقرعة لقف لتعيين سهم العتق له بخروج اسمه من مختلط به بإخراج يمتنع فيه قصد عينه. وأما مسألة إذا سماهم فقال سحنون: يفرق عندنا إذا سمى أو لم يسم. فإذا سمى فقال ميمون ومرزوق: حران فإنهما يتحاصان في ضيق الثلث. وإن قال: عبداي حران أو قال: غلماني أحرار أقرع بينهم، وكذلك قال ابن المواز. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: سواء سماهم أو لم يسم أنه يقرع بينهم. ووجه ابن يونس كل واحد من القولين ولم يعز لمالك ولا لابن القاسم منهما قولاً. وأما مسألة إذا أوصى بعتق ثلثهم ففي المدونة: إن قال: ثلث رقيقي أحرار أو نصفهم أو ثلثاهم عتق منهم من سمى بالقرعة إن حمله الثلث وإلا فما حمل الثلث مما سمى، وأما إذا أوصى بعدد سماه من أكثر ففي المدونة: إن قال في مرضه: عشرة من رقيقي أحرار وهم ستون أعتق سدسهم، خرج السهم على أكثر من عشرة أو أقل. قال مالك: إذا دبر في مرضه: جماعة عبيده في كلمة واحدة لم يبدأ أحدهم على صاحبه وعتق من كل واحد ثلثه إذا لم يكن له مال غيرهم ولا يفرق بينهم، وإذا أوصى بعتقهم أقرع بينهم فيعتق ثلثهم ويرق باقيهم والكل عتق لا ينفذ إلا بعد الموت (**كالقسمة**) ابن الحاجب: طريق القرعة أن يقوم العبد وتكتب أسماؤهم كالقسمة، فمن خرج اسمه عتق حتى ينتهي إلى كمال الثلث بواحد أو ببعضه (**إلا أن يرتب فيتبع**) اللخمي: من أعتق عبديه واحداً بعد واحد، بدىء بالأول لأنه ليس له أن يحدث ما ينقض عتق الأول. ابن عرفة: نحو هذا قول ابن شاس لو أعتق على ترتيب فالسابق مقدم (**أو يقول ثلث كل أو أنصافهم أو أثلاثهم**) من المدونة: من قال عند موته: أنصاف رقيقي أو أثلاثهم أحرار، أو ثلث كل رأس ونصف كل رأس، عتق من كل واحد منهم ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض. قال ابن القاسم: وإن لم يحمل ثلث عتق ما حمل ثلثه مما سمى بالحصاص من كل واحد منهم بغير سهم، يريد ولو وسعهم الثلث عتق جميعهم إلا أن تكون وصية. ابن يونس: ويفترق في هذا الصحة من المرض أو الوصية. فإن قال ذلك صحيح عتق عليه ثلث كل رأس واستمر عليه ما بقي من كل رأس، وإن قاله مريض فمات عتق ما سمى واستتم عليه ما بقي في

أَثْلاثِهِمْ، وَتَبِعَ سَيِّدَهُ بِدَيْنٍ، إِنْ لَمْ يَسْتَثْنِ مَالَهُ، وَرُقَّ، إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِرِقِّهِ أَوْ تَقَدُّمِ دَيْنٍ وَحَلَفَ وَٱسْتُؤْنِيَ بِالمَالِ إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْوَلاَءِ، أَوْ ٱثْنَانِ أَنَّهُمَا لَمْ يَزَالاَ يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلاَهُ أَوْ وَارِثُهُ، وَحَلَفَ، وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُ الوَرَثَةِ، أَوْ أَقَرَّ أَنَّ أَبَاهُ أَعْتَقَ عَبْداً لَمْ يَجُزْ، وَلَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى شَرِيكِهِ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ: فَنَصِيبُ الشَّاهِدِ حُرٌّ، إِنْ أَيْسَرَ شَرِيكُهُ، وَالأَكْثَرُ عَلَى نَفْيِهِ كَعُسْرِهِ.

ومن له شرك في رقيق جمع نصيبه في شيء بعينه عند ابن القاسم فليس كالعتق الذي لا بد

ثلثه، وإن قاله في وصية عتق من كل واحد منهم ثلثه فقط لأنه أوقعه في حال صار ماله لورثته كما لو أعتق شقصاً حينئذ **(واتبع سيده بدين إن لم يستثن ماله)** من المدونة: من أعتق عبده وللعبد على السيد دين فله أن يرجع به على سيده إلا أن يستثنيه السيد أو يستثني ماله مجملاً فيكون ذلك له، لأن العبد إذا أعتق تبعه ماله **(ورق إن شهد شاهد برقه أو تقدم دين وحلف)** من المدونة: من ادعى على رجل أنه عبده لم يحلفه وإن جاء بشاهد حلف معه واسترقه، وكذلك من أعتق عبده ثم قضى على السيد بدين تقدم العتق بشاهد ويمين فذلك يرد به العتق **(واستؤني بالمال إن شهد بالولاء شاهد)** من المدونة: إن شهد شاهد واحد أن هذا الميت مولى فلان أعتقه استؤني بالمال، فإن لم يستحقه غيره قضى له به مع يمينه ولا يحوز بذلك الولاء **(أو اثنان أنهما لم يزالا يسمعان أنه مولاه)** من المدونة: إن شهد شاهدان أنهما سمعا أن هذا الميت مولى لفلان لا يعلمان له وارثاً غيره استؤني بالمال، فإن لم يستحقه غيره قضي له به مع يمينه ولا يجر بذلك الولاء. وقال أشهب: يكون له ولاؤه بشهادة السماع. ابن رشد: ويتخرج فيها قول ثالث أنه لا يثبت بها نسب ولا يستحق بها مال لأنه لا يستحق إلا بعد ثبوت النسب أو الولاء **(أو وارثه وحلف ولا يجرّ بذلك الولاء)** روى يحيى عن ابن القاسم: إذا لم يكن للميت وارث معروف النسب وأتى من يدمي أنه ولده أو زوجه أو غير ذلك من قرابته وأقام شاهداً قضى له بالمال بالشاهد واليمين، ولم يثبت نسبه ولا للمرأة نكاح، ولو كان للميت بنت كان له ما فضل عنها. والمنصوص أن شهادة البنت يكفي فيها الواحد بخلاف الشهادة في السماع لا بد من اثنين **(وإن شهد أحد الورثة أنه أقر أن أباه أعتق عبداً لم يجز ولم يقوم عليه)** من المدونة: إن شهد أحد الورثة وأقر بأن أباه أعتق هذا العبد في صحته أو في مرضه والثلث يحمله فأنكر ذلك بقيتهم لم تجز شهادته ولا إقراره ولا يقوم عليه إذ ليس هو المعتق فيلزمه التقويم وجميع العبد رقيق، ويستحب للمقر أن يبيع حصته من العبد فيجعل ثمنه في رقبة يعتقها ويكون ولاؤها لأبيه ولا يجبر على ذلك وما لم يبلغ رقبة أعان به في رقبة، فإن لم يجد ففي آخر نجم مكاتب، وكذلك في إقرار غير الولد من سائر الورثة. وانظر رسم القطعان من سماع عيسى إن كان الذي شهد به أنه أعتق واحداً من عبيده فإنه يقسم بالقرعة فإن جاء في نصيبه عتق **(وإن شهد على شريكه بعتق نصيبه فنصيب الشاهد حر إن أيسر شريكه والأكثر على نفيه كعسره)** من المدونة قال ابن القاسم: إن شهد رجل بأن شريكه في العبد أعتق حصته والشاهد موسر أو معسر، فإن كان المشهود عليه موسراً فنصيب الشاهد حر لأنه

باب التدبير

التَّدْبِيرُ: تَعْلِيقُ مُكَلَّفٍ رَشِيدٍ: وَإِنْ زَوْجَةً فِي زَائِدِ الثُّلُثِ العِتْقَ بِمَوْتِهِ، لاَ عَلَى وَصِيَّةٍ: كَإِنْ مُت مِنْ مَرَضِي، أَوْ سَفَرِي هَذَا، أَوْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، مَا لَمْ يُرِدْهُ، وَلَمْ يُعَلِّقْهُ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي

أن يكون في جميعهم إذ لا يستبد به بعضهم دون بعض والوصية لهم واحدة انتهى. وقال في المدونة: ومن قال عند موته أثلاث رقيقي أو أنصافهم أحرار، أو ثلث كل رأس، أو نصف كل رأس أعتق من كل واحد منهم ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض انتهى.

فرع: وإذا قال عبيدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم، فهل يعتق جميعهم أو من سمى؟ انظر أحكام ابن سهل في الوصايا والمشذالي في الوصايا الأول.

باب

ص: **(التدبير تعليق مكلف رشيد وإن زوجة في زائد الثلث العتق بموته لا على وصية)** ش: هذا نحو قول ابن الحاجب «عتق معلق على الموت على غير وصية». قال ابن عرفة: رده ابن عبد السلام بأنه تعريف بالإضافيات، وذكروا أنه يجتنب في التعريفات لإجماله. ابن عرفة: ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه حسبما تقرر في موضعه وليست الإضافة ملزومة للإجمال، ولذا وقعت في تعريفاتهم كثيراً كقول القاضي: القياس حمل معلوم بإضافة حمل إلى معلوم. وقولهم في التناقض هو اختلاف قضيتين. ولو اعترضه بالتركيب وهو وقف معرفة المعرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه ليست أعم ولا أخص كان صواباً. انتهى.

أقر أن ماله على المشهود عليه قيمة، وإن كان معسراً لم يعتق من العبد شيء. قال غيره: ذلك سواء ولا يعتق منه شيء كان المشهود عليه موسراً أو معسراً. قال سحنون: وهذا أجود وعليه جميع الرواة وقاله ابن القاسم أيضاً إذ لو جاز هذا لم يشأ شريك أن يعتق حصته بغير تقويم إلا فعل.

باب

(التدبير تعليق مكلف رشيد وإن زوجة في زائد الثلث العتق بموته لا على وصية كإن مت من مرضي أو سفري هذا أو بعد موتي إن لم يرده أو لم يعلقه أو حر بعد موتي بيوم) ابن الحاجب: التدبير عتق معلق على الموت على غير الوصية. قال: أما إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا فوصية لا تدبير. وسيأتي قول ابن القاسم إنه إن قال: أنت حر بعد موتي فهي وصية إلا أن يريد التدبير كما إذا علق على شيء مثل أن يقول: إن فعلت كذا فعبدي حر بعد موتي فإنه تدبير. وسيأتي أيضاً نص ابن يونس في أنت حر بعد موتي بيوم أنها وصية. اللخمي: قال مالك: التدبير أوجبه على

بِيَوْمٍ بِدَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، وَنَفَذَ تَدْبِيرُ نَصْرَانِيٍّ لِمُسْلِمٍ وَأُوجِرَ لَهُ

....

نفسه فوجب عليه والوصية بالعتق عهدة إن شاء رجع فيها، والأمر في هذين العتقين في موجب اللسان واحد. ابن شاس: ومن أركان التدبير الأهل، فلا يصح التدبير من المجنون وغير المميز، وينفذ في المميز ولا ينفذ من السفيه. ابن عرفة: المدبر هو السالم عن محض التبرع. سمع ابن القاسم: ينبذ من ذات الزوج وإن لم يكن لها سوى ما دبرت. قال ابن القاسم: وفرق بين عتقها وتدبيرها لأن التدبير لا يخرج من يدها شيئاً هو موقوف معها حتى يخرج من ثلثها فلا حجة لزوجها إنما هو وصية. سحنون: هذا خطأ. ابن رشد: رُوي عن مالك أيضاً مثل قول سحنون، والذي لابن يونس ما نصه: قال ابن القاسم: من قال في مرضه: إن مت في مرضي فعبدي فلان مدبر فهو تدبير لازم ولا رجوع فيه. وقاله ابن كنانة. وقال ابن رشد: إن قيد تدبيره بمرض أو سفر أو ما أشبه ذلك مما قد يكون أو لا يكون مثل أن يقول: أنت مدبر إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو في هذا البلد أو أنت مدبر إذا قدم فلان وما أشبه ذلك فقال ابن القاسم في العتبية: إنها وصية وليس بتدبير، وله أن يرجع عنه في مرضه ذلك ويبيعه إن شاء. وقال في كتاب ابن المواز وكتاب ابن سحنون: إنه تدبير لازم وهذا الخلاف عندي قائم من المدونة. راجع المقدمات. واتفق قول ابن القاسم أنه إذا قال: أنت حر بعد موتي أو إذا مت أنه محمول على الوصية حتى يتبين أنه أراد التدبير. وخالفه أشهب ولكلا القولين أعني قول ابن القاسم وأشهب وجه من النظر. ولو قال: إن فعلت كذا وكذا فعبدي حر بعد موتي ففعله لكان مدبراً لا رجوع فيه على قولهما جميعاً لوجوب العتق عليه بعد الموت بالحنث. قال ابن عرفة: فالمعلق أشد من غير المعلق، والمطلق أخف من المعلق. وأما إن علق العتق على الموت كانت حر بعد موتي أو إذا مت فقال ابن القاسم: إنه وصية حتى يريد التدبير. وقال أشهب: هو تدبير. وقد تقدم قول ابن رشد أن لكلا القولين وجهاً. وأما إن لم يعلق التدبير على الموت فقال ابن رشد: التدبير عقد من عقود الحرية يلزم من التزمه ويجب على من أوجبه على نفسه. قال: وهذا إذا كان مطلقاً غير مقيد وقد تقدم إذا قيده قال: وصفه التدبير المطلق اللازم أن يقول الرجل في عبده هو مدبر أو حر عن دبر مني أو حر بعد موتي لا يغير عن حاله. ابن شاس: فإن اقتصر على أنت حر بعد موتي فوصية ما لم ينوبها التدبير. ومن المدونة: إذا قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر فهو من الثلث ويلحقه الدين. ابن يونس: يريد وهذه وصية له الرجوع فيها **(بدبرتك)** ابن شاس: من أركان التدبير اللفظ، وصريحه دبرتك ونحوه. وقد تقدم قوله: «إن لم يرده فمفهوم الشرط أن التدبير بدون لفظ دبر» **(أو مدبر أو حر عن دبر مني)**.

قال ابن القاسم: من قال لعبده أنت مدبر أو حر عن دبر مني فهو مدبر يمنع بيعه. وتقدم نص ابن رشد بهذا وأن منه هو حر بعد موتي لا يغير عن حاله **(ونفذ تدبير نصراني لمسلم وأوجر له)** من المدونة: إن أسلم مدبر أو ابتاع مسلماً أو دبره أجبرناه عليه وقبض غلته ولا يتعجل رقه بالبيع وهو قد يعتق بموت سيده، فإن أسلم رجع إليه عبده وكان له ولاء الذي دبره وهو نصراني، وأما ولاء الذي دبره وهو مسلم نفذ العقد وولاؤه للمسلمين فلا يرجع إليه، وإن أسلم. وإن لم يسلم حتى مات عتق

وَتَنَاوَلَ الْحَمْلَ مَعَهَا: كَوَلَدٍ لِمدَبَّرٍ مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَهُ، وَصَارَتْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ، إِنْ عَتَقَ، وَقُدِّمَ الأَبُ عَلَيْهِ فِي الضِّيقِ، وَلِلسَّيِّد نَزْعُ مَالِهِ، إِنْ لَمْ يَمْرضْ، وَرَهْنُهُ، وَكِتَابَتُهُ،

يعني بالحقيقة الأخرى الوصية. ص: **(وقدم الأب على غيره في الضيق)** ش: هذا الذي مشى عليه المؤلف هو الذي استظهره ابن عبد السلام من عند نفسه بعد أن قال: إن المنقول خلافه. واختصر المصنف كلامه في التوضيح ونصه: وإذا كان الابن بمنزلة أبيه، فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور في المدبرين في كلمة واحدة خلافاً لابن ناجي الذي يقول: يعتق منهم محمل الثلث بالقرعة، أو يكون الأب مقدماً في الثلث لأنه تقدم تدبيره على تدبير ولده كالمدبرين أحدهما بعد الآخر. ابن عبد السلام: والثاني هو الظاهر والأول هو المنقول في المدونة وغيرها انتهى. فكلامه صريح في أن الذي استظهره خلاف المنقول. ونص المدونة: ما ولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده بمنزلتهما، والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قوله «والمحاصة إلى آخره» الشيخ: لئلا يتوهم أنه يؤثر الآباء على الأبناء كما في الحبس، وفي مسألة الحبس خلاف انتهى. ص: **(وفسخ بيعه إن لم يعتق)** ش: أي فإن أعتقه المشتري فإن عتقه ينفذ ولا يفسخ البيع ويكون الولاء للمشتري

في ثلثه وكان ولاؤه للمسلمين إلا أن يكون للنصراني ولد وأخ مسلم ويكون له ولاء الذي دبره وهو نصراني. ابن يونس: إذا أسلم مدبر النصراني فآجرناه عليه وقبض السيد إجارته وأتلفها ثم مات قبل أن يخدم العبد من الإجارة شيئاً ولم يترك غيره، فإن رضي العبد أن يخدم مدة الإجارة لرغبته في عتق جميع ثلثه فذلك له **(وتناول الحمل معها)** من المدونة: إذا دبر حاملاً فولدها مدبر بمنزلتها **(كولد مدبر من أمته بعده)** من المدونة: ما ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده فمدبر مثله. وانظر إن كانت حاملاً ففرق بينها وبين المدبرة **(وصارت أو ولد به إن عتق)** من المدونة: كلما ولد للمدبر من أمته مما حملت به بعد عقد التدبير فهو بمنزلته يعتق معه في الثلث، فإذا أعتقا كانت الأم أم ولد بذلك له، كان الولد الآن حياً أو ميتاً. ولمالك قول آخر **(وقدم عليه الأب في الضيق)** انظر هذا وابن يونس: ما ولدت المدبرة أو ولد المدبر من أمته بعد التدبير فبمنزلتهما والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث، ويعتق ما حمل الثلث من جميعهم بغير قرعة يعني ها هنا أن المدبر سواء كان حملها قبل التدبير أو بعده بخلاف حمل أمة المدبرة قبل التدبير هو رق لسيده **(وللسيد نزع ماله إن لم يمرض)** من المدونة قال: ليس للغرماء أن يجبروا المفلس على انتزاع مال أم ولده أو مدبره، وله هو انتزاعه إن شاء لقضاء دينه أو ينتزعه على غير هذا الوجه إن شاء لنفسه، وأما إن مرض ولا دين عليه فليس له انتزاعه لأنه إنما ينتزعه لورثته. ابن يونس: لأنهم لم يعاملوه على أن يجبروه على مثل هذا كما لم يجبروه على قبول الهبة إن وهبت له وإن مرض ولا دين عليه، فليس له أن ينتزعه لأنه إنما ينتزعه لورثته وفي التفليس ينزعه لنفسه **(ورهنه وكتابته)** اللخمي: قال مالك: للسيد أن يرهن مدبره.

لاَ إِخْرَاجُهُ بِغَيْرِ حُرِّيَّةٍ، وَفُسِخَ بَيْعُهُ، إِنْ لَمْ يَعْتِقْ، وَالْوَلاَءُ لَهُ: لِمُكَاتَبٍ، وَإِنْ جَنَى، فَإِنْ فَدَاهُ، وَإِلاَّ أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ، تَقَاضِياً، وَحَاصَّهُ مَجْنِيٌّ عَلَيْهِ ثَانِياً، وَرَجَعَ، إِنْ وَفَّى، وَإِنْ عَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ: أُتْبِعَ

ويكون جميع الثمن سائغاً للبائع ولا يرجع عليه المبتاع بشيء وقاله جميعه في المدونة.

فرع: قال أبو الحسن في كتاب التدبير من شرح المدونة: لو غاب المدبر يعني المبيع فعمي خبره قال أصبغ: القياس عندي إذا استعفى أمره فأيس منه أن ينزل منزلة الموت كما تعتد امرأة المفقود عدة الميت دون الحي. قال ابن المواز: هذا غلط وقد طلب عمر رضي الله عنه رد المدبرة التي باعت عائشة رضي الله عنها فلم يجدها فأخذ الثمن فجعله في جارية يدبرها. وقال ابن المواز عن ابن القاسم: بجعل ثمنه كله في مدبر. قال أصبغ: هذا استحسان انتهى. انظر البيان في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب المدبر. ص: **(وقوم بماله في الثلث)** ش: هذا هو المشهور في المذهب.

فرع: فإن دبره السيد في صحته واستثنى ماله بعد موته يعني بعد موت السيد جاز ذلك، فإذا مات السيد قوم المدبر ببدنه بغير ماله ويصير ماله من أموال السيد، وكذلك إذا دبره في مرضه واستثنى ماله، ومنع من ذلك ابن كنانة وقال: ليس مما جاءت به السنة ويتبعه ماله. قاله في أول سماع ابن القاسم من كتاب المدبر. ص: **(فإن لم يحمل إلا بعضه عتق وأقر ماله**

اللخمي: وإن كاتب السيد مدبره جاز فإن أدى عتق وإلا بقي مدبراً **(لا إخراجه لغير حرية)** من المدونة: لا يجوز بيع المدبر ولا هبته ولا الصدقة به، وكان ابن لبابة يجيز بيع المدبر إذا تخلق على مولاه **(وفسخ بيعه)** الجلاب: من باع مدبراً فسخ بيعه **(إن لم يعتق كالمكاتب)** الجلاب: إن أعتقه مبتاعه قبل فسخ بيعه ففي ذلك روايتان: إحداهما أن عتقه ناجز غير مردود وهذا قول ابن القاسم، ويستحب للبائع أن يجعل الفضل من ثمنه عن قيمته في مدبر مثله. ومن المدونة: لا تباع رقبة المكاتب فإن بيعت رد البيع ما لم يفت بعتق. وقال عبد الوهاب: قال مالك: لا يجوز لسيد المدبر أن يبيعه ممن يعتقه ويجوز له أن يأخذ مالاً من رجل ويعجل عتقه والعتق في الموضعين موجود مع العوض **(وإن جنى فإن فداه وإلا أسلم خدمته تقاضياً)** الجلاب: وإن جنى المدبر جناية فجنايته في خدمته دون رقبته والسيد بالخيار في افتكاكه بأرش جنايته وفي إسلام خدمته إلى المجني عليه ليخدمه ويقاصه بأرش خدمته من أرش جنايته، فإن استوفى ذلك والسيد حي رجع إليه فكان مدبراً على حاله، وإن مات السيد قبل ذلك وله مال راجع التفريع ونحو هذا كله في المدونة **(وحاصه مجني عليه ثانياً)** عبارة الجلاب: إن جرح واحداً أسلم إليه، فإن جرح آخر بعد ذلك تحاصا في خدمته **(ورجع إن وفى)** تقدمت عبارة الجلاب: إن استوفي ذلك والسيد حي رجع إليه فكان مدبراً على حاله **(وإن عتق بموت سيده اتبع بالباقي)** الجلاب: إن مات السيد قبل ذلك وله مال يخرج من ثلثه عتق وكان ما بقي من أرش جنايته ديناً في ذمته وكان ثلثا ما بقي معلقاً بخدمته والورثة بالخيار في إسلام ثلثيه وفي افتكاكه بثلث ما بقي من أرش جنايته **(وقوم بماله فإن لم يحمل**

بِالْبَاقِي، أَوْ بَعْضُهُ بِحِصَّتِهِ، وَخُيِّرَ الْوَارِثُ فِي إِسْلاَمِ مَا رُقَّ، أَوْ فَكِّهِ وَقُوِّمَ بِمَالِهِ، وَإِذَا لَمْ يَحْمِلِ الثُّلُثُ، إِلاَّ بَعْضَهُ: عَتَقَ، وَبَقِي مَالُهُ بِيَدِهِ، وَإِنْ كَانَ لِسَيِّدِهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ عَلَى حَاضِرٍ مَلِيءٍ: بِيعَ بِالنَّقْدِ، وَإِنْ قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ: اَسْتُؤْنِيَ قَبْضُهُ، وَإِلاَّ بِيعَ فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ أَوْ أَيْسَرَ الْمُعْدِمُ بَعْدَ بَيْعِهِ: عَتَقَ مِنْهُ حَيْثُ كَانَ، وَأَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِسَنَةٍ إِنْ كَانَ السَّيِّدُ مَلِيئاً لَمْ يُوقَفْ، فَإِنْ مَاتَ نُظِرَ، فَإِنْ صَحَّ: اتُّبِعَ بِالْخِدْمَةِ وَعَتَقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، وَإِلاَّ فَمِنَ الثُّلُثِ، وَلَمْ يُتَّبَعْ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَلِيءٍ وُقِفَ خَرَاجُ سَنَةٍ، ثُمَّ يُعْطَى السَّيِّدُ مِمَّا وُقِفَ مَا خَدَمَ نَظِيرُهُ،

بيده) ش: أي أقر ماله كله بيده. وقاله في المدونة ونقله ابن عرفة وغيره. وقوله في التوضيح «أقر بيده نصف ماله» سهو والله أعلم. ص: (وأنت حر قبل موتي بسنة إلى آخره) ش: هذه المسألة في رسم يوصي من سماع عيسى من ابن القاسم من كتاب العتق. قال ابن رشد فيها بعد ذكره قول ابن القاسم: قال الموثقون: وعلى قياس هذه الرواية أن من أراد أن يستخدم عبداً طول حياته ويكون حراً من رأس ماله بعد وفاته فيعتقه الآن قبل السبب الذي يكون منه وفاته بأجل يسميه، وذلك لا يصح إذ ليس للرجل بعد وفاته أكثر من ثلث ماله. والواجب إذا فعل ذلك أن يعجل عتقه باتفاق لأن العتق قد حصل له بيقين، إما بقوله وإما بموته، فلا يصح أن

الثلث إلا بعضاً عتق وأقر ماله بيده) نحو هذا في المدونة: وقال ابن الحاجب: يقوم بعد وفاة سيده بماله. قاله ابن القاسم. فإن حمله الثلث عتق وإلا عتق منه بعضه وأقر ماله بيده. قال ابن القاسم: إذا كانت قيمة المدبر مائة دينار وماله مائة دينار وترك سيده مائة دينار فإنه يعتق نصفه ويقر ماله بيده لأن قيمته بماله مائتان ولا ينزع منه شيء. هذا قول مالك (وإن كان لسيده دين مؤجل على حــاضر موسر بيع بالنقد) اللخمي: إذا ضاق الثلث وكان للسيد دين على حاضر مؤجل بيع بالنقد (وإن قربت غيبته استؤني قبضه) اللخمي: إن كان على غائب قريب الغيبة وهو حال استؤني بالعتق حتى يقبض الدين (وإلا بيع) اللخمي: وإن كان بعيد الغيبة أو على حاضر معدم بيع المدبر للغرماء الآن (وإن حضر الغائب أو أيسر المعدم بعد بيعه عتق منه حيث كان) اللخمي: فإن قدم بعد ذلك الغائب أو أيسر المعدم والعبد بيد الورثة عتق في ثلث ذلك بعد قضاء الدين. واختلف إذا خرج عن أيديهم ببيع فقال ابن القاسم في العتبية: يكون للورثة ولا شيء للمدبر فيه. وقال عيسى وأصبغ: يعتق منه حيث كان وهو ظاهر المدونة، والأول أقيس (وأنت حر قبل موتي بسنة إن كان السيد ملياً لم يوقف وإذا مات نظر فإن صح اتبع بالخدمة وعتق من رأس المال وإلا فمن الثلث ولم يتبع وإن كان غير مالي يوقف خراج سنة ثم يعطى السيد ما وقفه عما خدم نظيره) هذا رابع الأقوال في هذه المسألة وهو أحد قولي ابن القاسم: واقتصر عليه ابن شاس وابن الحاجب. ومضمنه أنه إذا قال له: أنت حر قبل موتي بسنة فإنه ينظر؛ فإن كان السيد ملياً ترك له عبده يستخدمه، فإذا مات السيد نظر أيضاً ثانياً، فإن كان الأجل حل والسيد صحيح عتق من رأس المال

وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِقَتْلِ سَيِّدِهِ عَمْداً، وَبِاسْتِغْرَاقِ الدَّيْنِ لَهُ وَلِلتَّرِكَةِ، وَبَعْضُهُ بِمُجَاوَزَةِ الثُّلُثِ، وَلَهُ حُكْمُ الرِّقِّ، وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ حَتَّى يُعْتَقَ فِيمَا وُجِدَ حِينَئِذٍ، وَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَمَوْتِ فُلاَنٍ: عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ أَيْضاً، وَلاَ رُجُوعَ

يمكن من اختدامه بشك إذ لا يدري لعله حر من الآن انتهى. ونقله ابن عرفة وقبله.

فرع: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: وإذا قال لعبده أنت حر قبل موتك بكذا وكذا فيعجل عتقه على مذهب ابن القاسم، ولا عتق له على مذهب أشهب انتهى. **ص: (وبطل التدبير بقتل سيده عمداً) ش:** قال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم: إن قتل المدبر سيده خطأً عتق في ماله ولم يعتق في ديته وكانت الدية عليه ديناً ليس على العاقلة منها شيء، لأنه إنما صنعه وهو مملوك. وإن قتله عمداً قتل به، فإن استحياه الورثة بطل تدبيره وكان رقاً لهم. ابن رشد: قوله «وتكون الدية عليه ديناً» صحيح على ما في المدونة وغيرها. قال أصبغ في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات: وهذا إذا حمله الثلث فإن لم يحمله عتق منه محمله وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه يؤخذ من ماله إن كان له مال ويتبع به ديناً إن لم يكن له، ولا يدخل فيما يؤخذ منه من الدية ولا يعتق فيها منه شيء وقوله صحيح. وقوله

وأعطي أيضاً من رأس مال سيده قيمة خدمته سنة، وإن كان الأجل حل في مرض موت السيد عتق من ثلثه ولا رجوع له بخدمته. وإن كان السيد يوم قال: أنت حر قبل موتي بسنة عديماً فإن العبد يخارج ويوقف خراجه، فإذا مضت سنة وشهر بعدها فيوقف خراج هذا الشهر ويعطى السيد خراج أول شهر من السنة الماضية كلما مضى شهر من هذه أعطي خراج شهر من تلك **(وبطل التدبير بقتل سيده عمداً)** قال ابن القاسم: في مدبر قتل سيده عمداً لا يعتق في ثلث ولا دية ويباع ولا يتبع بشيء، وانظر إذا قتله خطأً **(وباستغراق الدين له للتركة وبعضه بمجاوزة الثلث)** ابن شاس: يرتفع التدبير بقتل سيده عمداً أو باستغراق الدين له وللتركة أو بمجاوزة الثلث، وهذا القسم يدفع كمال الحرية لا أصلها، فإذا دبر عبداً لا مال له غيره عتق بموته ثلثه **(وله حكم الرق وإن مات سيده حتى يعتق فيما وجد حينئذ)** من المدونة: وللمدبر حكم الأرقاء في خدمته وحدوده وإن مات السيد حتى يعتق في الثلث، وإنما ينظر إلى قيمته يوم النظر فيه لا يوم يموت السيد. وانظر إذا كانت أمة فدبرها أو قال لها: أنت حرة إذا مات فلان، نقل ابن يونس: له وطؤها في الوجه الواحد بخلاف الآخر وتعتق الواحدة من الثلث والأخرى من رأس المال. وقال في المدونة: ولا بأس بوطء المدبرة والموصى بعتقها **(وأنت حر بعد موتي وموت فلان عتق من الثلث أيضاً)** اللخمي: إن قال: أنت حر بعد موتي وموت فلان كان حراً من الثلث، فإن مات السيد آخرهما ولم يحمله الثلث عتق منه ما حمل الثلث ورق الباقي، وإن مات السيد أولاً خير الورثة وتكون لهم الخدمة حتى يموت فلان أو يعتق منه ما حمل الثلث بتلاً ويرق الباقي **(ولا رجوع)** من المدونة قال مالك: إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتي وموت فلان فهو من الثلث. قال ابن القاسم:

لَهُ، وَإِنْ قَالَ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ: فَمُعْتَقٌ لأَجَلٍ مِنَ رَأْسِ المَالِ.

باب المكاتبة

نُدِبَ مُكَاتَبَةُ أَهْلِ التَّبَرُّعِ، وَحَطُّ جُزْءٍ آخِراً،

«إنه يبطل إن كان قتله عمداً» هو على قياس ما اجتمعوا عليه من أن القتل عمداً لا إرث له ممن قتله. قال ابن عرفة: قلت: وقتل أم الولد سيدها عمداً. قال الشيخ في الموازية عن ابن القاسم: تعتق لأنه عتق لازم من رأس المال وتقتل به إلا أن يعفو عنها ولا تتبع بعقل في الخطأ بخلاف المدبر.وقال عبد الملك: تتبع بمثله وعتقها من رأس المال انتهى.

فرع: نقل الشيخ أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق عبده إن قدم أبوه: إن من قال لعبده اعمل على هذه الدابة فإذا ماتت فأنت حر، فإنه إن قتلها عمداً فإنه يعتق. قاله سحنون. قال: كأم الولد تقتل سيدها عمداً فإنه لا يبطل ما جنت ما عقد عليها من العتق انتهى.

باب

ص: (ندب مكاتبة أهل التبرع) ش: يقال كتابة ومكاتبة وكتاب. قال الله تعالى:

وكأنه قال: إن مات فلان فأنت حر بعد موته وإن مت فأنت حر بعد موتي وقاله أشهب. ابن يونس: يريد ولا رجوع له فيه لذكر الأجنبي في ذلك وهي كمسألة الرقبى **(وإن قال: حر بعد موت فلان بشهر فمعتق إلى أجل من رأس المال)** قال مالك وابن القاسم: من قال لعبده في صحته: أنت حر بعد موت فلان، أو قال: بعد موته بشهر فهو معتق إلى أجل من رأس المال ولا يلحقه دين. وإن مات السيد قبل موت فلان خدم العبد ورثة السيد إلى موت فلان أو إلى بعد موته بشهر إن قال ذلك وخرج من رأس المال. ولو قال ذلك السيد في مرضه عتق العبد في الثلث إلى أجل وخدم الورثة حتى يتم الأجل ثم هو حر وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إنفاذ الوصية أو يعتقوا من العبد محمل الثلث بتلاً. قال مالك: وكل من عال في وصيته على ثلثه فأبت الورثة أن يجيزوا لأنه يقال لهم: أسلموا ثلث مال السيد إلى أهل الوصايا أو نفذوا ما قال الميت.

باب ندب مكاتبة أهل التبرع

ابن عرفة: حكم الكتابة الندب على المعروف وهي عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه. ابن شاس: ولها أربعة أركان. الركن الثالث السيد، وشرطه أن يكون مكلفاً أهلاً للتصرف، ولا يشترط أن يكون أهلاً للتبرع فتجوز كتابة القيم لعبد الطفل **(وحط جزء آخر)** من المدونة والموطأ قال

وَلَمْ يُجْبَرِ الْعَبْدُ عَلَيْهَا. وَالمَأْخُوذُ مِنْهَا الْجَبْرُ بِكَاتَبْتُكَ، وَنَحْوِهِ بِكَذَا،

﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور: ٣٣] وهي مشتقة من الأجل المضروب لنجومها فإن الكتابة هي الأجل. قال عز من قائل ﴿ولها كتاب معلوم﴾ [الحجر: ٤] أي أجل مقدر. ومنه قيل كاتب عبده أي وأجله على ذلك. وحدها في الشرع قال في التوضيح: عتق الرجل عبده على مال يؤديه منجماً انتهى. كذا قال ابن عرفة هي عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه، فيخرج ما على مال معجل ولذا قال فيها: لا تجوز كتابة أم الولد ويجوز عتقها على مال، ويخرج عتق العبد على مال منجم على أجنبي انتهى. وقول المؤلف «ندب» يشير به إلى أن حكم الكتابة الندب قال في التوضيح: وهو مذهب المدونة.قال ابن عرفة: وهو المعروف، ومقابله قول بالإباحة في المذهب، وهذا الذي رواه ابن القصار وقاله مطرف وحكاه ابن الجلاب عن مالك. قال ابن عرفة: قال اللخمي: قال مالك في الموطأ: سمعت بعض أهل العلم إذا سئل عن ذلك يتلو ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢] و﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض﴾ [الجمعة: ١٠] فجعلها على الإباحة انتهى. وقال أهل الظاهر بوجوبها للأمر بها في قوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور: ٣٣] قال في التوضيح: واختلف في الخير المذكور في الآية، هل هو المال أو القدرة على الكسب أو الصلاح أو الدين أو الأمانة إلى غير ذلك من الأقوال، والمنقول عن مالك في الموازية أنه القوة على الأداء انتهى. وفصل اللخمي في حكمها فقال على ما نقل عنه ابن عرفة: إن كان العبد لا يعرف بسوء وسعايته من المباح وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير فهي مندوب إليها، وإن كان قدر الكتابة أكثر منه بكثير فمباحة، وإن عرف بالسوء والإذاية فمكروهة إن كانت سعايته من حرام فهي محرمة انتهى. وقوله «أهل تبرع» هو فاعل المصدر وهذا هو الركن الأول من أركانها فإن لها أربعة أركان: المكاتب والمكاتب والصيغة والعوض. فالأول قال المؤلف هم أهل التبرع، فخرج الصبي والمجنون والسفيه المحجور عليه، ويرد عليه العبد المكاتب فإنه ليس من أهل التبرع وتصح كتابته على وجه النظر كما سيأتي. والمريض والمرأة فيما زاد على الثلث إذا لم يحابيا والله أعلم. ص: **(بكاتبتك ونحوه بكذا) ش:** هذا هو الركن الثاني وهو الصيغة. قال في اللباب: هو لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على العتق على مال منجم انتهى. وقال ابن الحاجب: الصيغة مثل كاتبتك على كذا في نجم أو نجمين

مالك في قوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور: ٣٣] هو أن يضع عن المكاتب من آخر كتابته شيئاً. أبو عمر: وهذا على الندب ولا يقضى به **(ولم يجبر العبد عليها)** الجلاب: ليس للسيد أن يجبر العبد على الكتابة **(والمأخوذ منها الجبر)** ابن رشد: الآتي على قوله في المدونة أن للسيد أن يجبر عبده على الكتابة. اللخمي: لسيده جبره إن كانت أزيد من خراجه بيسر **(بكاتبتك ونحوه بكذا)** ابن شاس: الركن الأول الصيغة: ابن الحاجب: هي مثل كاتبتك على كذا في نجم أو نجمين

وَظَاهِرُهَا آشْتِرَاطُ التَّنْجِيمِ وَصُحِّحَ خِلاَفُهُ، وَجَازَ بِغَرَرٍ: كَآبِقٍ، وَجَنِينٍ، وَعَبْدِ فُلاَنٍ؛ لاَ لُؤْلُؤٍ لَمْ يُوصَفْ، أَوْ كَخَمْرٍ، وَرُجِعَ لِكِتَابَةِ مِثْلِهِ، وَفَسْخُ مَا عَلَيْهِ فِي مُؤَخَّرٍ

فصاعداً. قال في التوضيح: قوله «مثل كاتبتك» يعني وأنت مكاتب أو معتق على نجمين. ثم قال: وظاهر قول المصنف «في نجم أو نجمين» أنه لا فرق بين ما قل من النجوم أو كثر، وهكذا ذكر ابن شعبان قال: ومن أصحابنا من يختار جعلها في نجمين انتهى. ونحوه في الذخيرة. وابن شاس وابن جزي. ونقل الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة قولاً باشتراط كونها في نجمين انتهى.

تنبيه: قال في المقدمات: مذهب الشافعي أن المكاتب لا يعتق وإن أدى جميع الكتابة إلا أن يشترط ذلك لنفسه في عقد الكتابة، وعند مالك وأبي حنيفة وأصحابهما وجمهور أهل العلم أن المكاتب يعتق إذا أدى جميع الكتابة وإن لم يشترط ذلك ولا يضره أن لا يقول له مولاه إذا أديت إليّ جميع كتابتك فأنت حر، لأن ذلك مفهوم من فعلهما وقصدهما وإن لم يذكراه انتهى. وقال ابن جزي: لأن لفظ الكتابة يتضمن الحرية انتهى. وقال في الذخيرة: قال الشافعي: لفظ «كاتبتك» ليس صريحاً فلا يعتق بالأداء إلا أن يقول: نويت إن أدى فهو حر لدوران الكتابة بين المخارجة والكتابة بالقلم فلا ينصرف لأحدهما إلا بالنية، ووافقنا أبو حنيفة. والجواب أنه مشتهر في الفرق في الكتابة المخصوصة فينصرف إليه من غير نية انتهى. فالحاصل من هذه النصوص المتقدمة أن الكتابة تكون باللفظ أو ما يقوم مقامه وأنه لا يشترط أن يقول له مولاه إذا أديت فأنت حر، وأن التنجيم المشترط عند من يقول به يكفي فيه أن يكون في نجم واحد والله أعلم. ص: **(وظاهرها اشتراط التنجيم وصحح خلافه)** ش: ظاهر كلام المؤلف

فصاعداً **(وظاهرها اشتراط التنجيم وصحح خلافه)** ابن رشد: تجوز الكتابة عند مالك حالة ومؤجلة فإن وقعت مسكوتاً عنها أجلت لأن العرف فيها كونها مؤجلة منجمة. وظاهر الرسالة أنها لا تكون إلا مؤجلة وليس بصحيح على مذهب مالك **(وجاز بغرر)** ابن القاسم: الكتابة بغرر جائزة ولا تشبه البيوع ولا النكاح. أبو محمد: بخلاف مراباة السيد عبده. قال مالك: لا تجوز وأجاز فسخ ما على المكاتب من دراهم في دنانير إلى أجل **(كآبق وعبد فلان وجنين)** ابن القاسم: الكتابة بالآبق والشارد والجنين في بطن أمه جائزة. اللخمي: إن كان الغرر في ملك العبد جاز، وكرهه أشهب، وأجاز ابن القاسم أن يأتيه بعبده الآبق. ابن شاس: وتجوز على عبد فلان عند ابن القاسم **(لا لؤلؤ لم يوصف)** من المدونة: إن كاتبه على لؤلؤ غير موصوف فلم يجز لتعذر الإطاحة بصفته **(أو كخمر ورجع لكتابة مثله)** ابن الحاجب: إذا لم يصح تملكه كالخمر رجع بالقيمة ولا يفسخ لفساد العوض. ابن عرفة: الأقرب تفسير هذا بقولها: وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسداً فقد تم عتقه ولا يتبعه سيده بقيمة ولا غيرها إلا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته **(وفسخ ما عليه في مؤخر)** من المدونة: إن كاتبه على طعام مؤجل جاز أن يصالحه منه على دراهم معجلة، ولا بأس أن تفسخ ما

أَوْ كَذَهَبٍ عَنْ وَرِقٍ وَعَكْسِهِ وَمُكَاتَبَةُ وَلِيٍّ مَا لِمَحْجُورِهِ بِالْمَصْلَحَةِ، وَمُكَاتَبَةُ أَمَةٍ وَصَغِيرٍ؛ وَإِنْ بِلاَ مَالٍ وَكَسْبٍ، وَبَيْعُ كِتَابَةٍ، أَوْ جُزْءٍ لاَ نَجْمٍ، فَإِنْ وَفَّى: فَالْوَلاَءُ لِلأَوَّلِ: وَإِلاَّ رُقَّ لِلْمُشْتَرِي، وَإِقْرَارُ مَرِيضٍ بِقَبْضِهَا، إِنْ وُرِثَ غَيْرَ كَلاَلَةٍ وَمُكَاتَبَتُهُ بِلاَ مُحَابَاةٍ، وَإِلاَّ فَفِي ثُلُثِهِ، وَمُكَاتَبَةُ جَمَاعَةٍ لِمَالِكٍ: فَتُوَزَّعُ عَلَى قُوَّتِهِمْ عَلَى الأَدَاءِ يَوْمَ الْعَقْدِ؛ وَهُمْ، وَإِنْ زَمِنَ أَحَدُهُمْ حُمَلاَءُ مُطْلَقاً: فَيُؤْخَذُ مِنَ الْمَلِيءِ الجَمِيعُ، وَيَرْجِعُ إِنْ لَمْ يَعْتِقْ عَلَى الدَّافِعِ؛ وَلَمْ يَكُنْ زَوْجاً: وَلاَ يَسْقُطُ عَنْهُمْ شَيْءٌ بِمَوْتِ

وابن الحاجب وغيرهما إن الكتابة الحالة لا تصح على ظاهر المدونة. وقال ابن عرفة: قول

على مكاتبك من عين أو عرض، حل أو لم يحل، في عرض مؤجل أو معجل مخالف للعرض الذي عليه لأن الكتابة ليست بدين ثابت لأنه لا يحاص بها في فلس المكاتب أو موته، وإنما هو كمن قال لعبده: إن جئتني بكذا فأنت حر ثم قال له: إن جئتني بأقل من ذلك، فهذا لا بأس به **(وكذهب في ورق)** اللخمي: إذا فسخ الدنانير في الدراهم إلى مثل الأجل أو أقرب منه أو أبعد أو فسخ الدنانير في أكثر منها إلى أبعد من الأجل، فأجازه مالك وابن القاسم وإن لم يعجل العتق **(ومكاتبة ولي ما لمحجوره بالمصلحة)** من المدونة: للوصي أن يكاتب عبد من يليه على النظر ولا يجوز أن يعتقه على مال يأخذه إذ لو شاء انتزعه منه **(ومكاتبة أمة وصغيرة وإن بلا مال وكسب)** من المدونة: لا بأس بكتابة الصغير ومن لا حرفة له وإن كان يسأل. وقال غيره: لا يجوز وكره مالك كتابة الأمة التي لا صنعة لها. ابن عرفة: مثل قول الغير هذا نقل الباجي عن أشهب في الأمة التي لا صنعة لها والصغير **(وبيع كتابة)** من المدونة: لا بأس ببيع كتابة المكاتب إن كانت عيناً فبعرض نقداً وإن كانت نقداً فبعرض مخالف أو بعين نقداً وما تأخر كان ديناً بدين. عبد الوهاب: هذا إن باعها من غير العبد، وأما إن باعها منه فذلك جائز على كل حال، فإن باعها من غير العبد فإن وفى العبد فولاؤه لبائع الكتابة، وإن عجز رق لمشتريها، قاله في المدونة **(أو جزء)** اللخمي: الأقيس منع بيع الكتابة للغرر إن أدى كان للمشتري الكتابة دون الولاء، وإن عجز عند أول نجم كانت له الرقبة، وإن عجز عند آخر نجم كانت له الكتابة والرقبة. ثم قال: وإذا جاز بيع كتابة المكاتب على قول مالك، فهل يجوز بيع بعضها؟ فأجاز ابن القاسم وأشهب بيع نصف الكتابة أو جزء منها لأنه يرجع للجزء **(لا نجم)** الجلاب: لا يجوز بيع نجم من نجوم الكتابة والرقبة. بهرام: وهذا مقيد بنجم معين. وأما نجم من ثلاثة أو أربعة فالمنصوص جوازه لأنه يرجع إلى بيع الجزء، وحكمه في الوفاء والعجز حكم بيع الكتابة كلها **(فإن وفى فالولاء للأول وإلا رق المشتري)** تقدم النص بهذا قبل قوله: «أو جزء» **(وإقرار مريض بقبضها إن ورث غير كلالة ومكاتبته بلا محاباة وإلا ففي ثلثه)** من المدونة: إن كاتبه وهو صحيح وأقر في مرضه بقبض الكتابة، فإن كان كان له ولد جاز ذلك، وإن ورث كلالة والثلث يحمله قبل قوله، وإن لم يحمله الثلث لم يقبل قوله، وإن كاتب مريض عبده وقبض الكتابة ثم مات من مرضه فإن لم يحاب جاز ذلك كبيعه ومحاباته في ثلثه **(ومكاتبة جماعة لمالك فيوزع على قوتهم على الأداء يوم العقد وهل وإن مرض أحدهم حملاء مطلقاً ويؤخذ من المليء الجميع ويرجع إن لم يعتق على الدافع ولم يكن زوجاً ولا يسقط عنهم شيء بموت واحد)** من المدونة: لا بأس أن يكاتب الرجل عبيده في كتابة

وَاحِدٍ، وَلِلسَّيِّدِ عِتْقُ قَوِيٍّ مِنْهُمْ، إِنْ رَضِيَ الجَمِيعُ وَقَوَوْا؛ فَإِنْ رُدَّ، ثُمَّ عَجَزُوا: صَحَّ عِتْقُهُ؛ وَالخِيَارُ فِيهَا، وَمُكَاتَبَةُ شَرِيكَيْنِ بِمَالٍ وَاحِدٍ لاَ أَحَدِهِمَا؛ أَوْ بِمَالَيْنِ، وَبِمُتَّحِدٍ بِعَقْدَيْنِ، فَيُفْسَخُ، وَرِضَا أَحَدِهِمَا بِتَقْدِيمِ الآخَرِ، وَرَجَعَ لِعَجْزٍ بِحِصَّتِهِ: كَإِنْ قَاطَعَهُ بِإِذْنِهِ مِنْ عِشْرِينَ عَلَى عَشَرَةٍ، فَإِنْ عَجَزَ: خُيِّرَ الْمُقَاطِعُ بَيْنَ رَدِّ مَا فَضَلَ بِهِ شَرِيكَهُ، وَبَيْنَ إِسْلاَمِ حِصَّتِهِ رِقّاً،

الشيخ يعني في الرسالة وغيره لا يدل على منعها حالة بل على عدم صدق لفظ الكتابة عليها فقط فتأمله انتهى. وقال في المقدمات: والكتابة جائزة على ما تراضى عليه العبد والسيد من قليل وكثير، وتجوز على مذهب مالك حالة ومؤجلة، فإن وقعت مسكوناً عليها نجمت لأن

واحدة والقضاء أن كل واحد منهم ضامن عن بقيتهم وإن لم يشترط ذلك، ولا يعتق واحد منهم إلا بأداء الجميع، وله أخذ المليء منهم بالجميع ولا يوضع عنهم شيء بموت أحدهم، فإن أخذ أحدهم عن بقيتهم بحصتهم من الكتابة بعد أن تقسم الكتابة عليهم بقدر قوة كل واحد منهم على الأداء يوم الكتابة لا على قيمة رقبته. قال في المدونة: ولا يرجع على من يعتق عليه بما أدى عنه ويرجع على من سواه إلا الزوجة لا يرجع عليها وإن كانت لا تعتق عليه **(وللسيد عتق قوي منهم إن رضي الجميع)** من الجلاب: لا بأس أن يعتق السيد كبيراً منهم لا أداء فيه أو صغيراً لا يبلغ السعي في الكتابة، ولا يجوز أن يعتق منهم من له قوة على السعي معهم إلا بإذنهم. ونحو هذا في المدونة وذكر الجلاب قولاً آخر **(وقووا)** ابن الحاجب: إن أعتق السيد من له قوة على الكسب لم يتم إلا بقوة باقيهم على الكسب وبإجازتهم **(فإن رد ثم عجزوا صح عتقه)** من المدونة: من كاتب عبدين قويين على السعي لم يكن له عتق أحدهما ويرد ذلك إن فعل، فإن عجز ألزم السيد عتق من كان أعتق **(والخيار فيها)** اللخمي: الكتابة على أن السيد بالخيار أو العبد جائزة، سواء كان أمد الخيار قريباً أم بعيداً، بخلاف البيع. قيل: لأنه يخاف في البيع أن يكون زاده في الثمن لمكان الضمان **(ومكاتبة شريكين بمال واحد)** ابن الحاجب: لو كاتب الشريكان معاً على مال واحد جاز **(لا أحدهما)** من المدونة: إن كاتبه أحد الشريكين ولو بإذن شريكه لم يجز. ابن شاس: ولو عقد الكتابة مفترقين فسدت وإن كانت مستوية في العدد والنجوم **(أو بمالين أو متحدين بعقدين)** ابن الحاجب: لو كاتب الشريكان معاً على مالين لم يجز. بهرام: لأنه يؤدي إلى عتق البعض دون تقويم **(فيفسخ)** ابن الحاجب: إن عقدا مفترقين على مال واحد فابن القاسم يفسخها **(ورضي أحدهما بتقويم الآخر ورجع لعجز حصته)** من المدونة: وإن حل نجم من نجوم الكتابة فقال أحد الشريكين لصاحبه: بدئني به وخذ أنت النجم المستقبل ففعل ثم عجز العبد عن النجم الثاني، فليرد المقتضي نصف ما قبض إلى شريكه لأنه ذلك سلف منه له ويبقى العبد بينهما. ورأيت فتيا لابن عرفة أنه يجوز للشركاء في الأرض أن يقول أحدهما لصاحبه: غد أنت الحصادة وأعشيهم أنا وقال: إنها تتخرج على هذه المسألة **(كإن قاطعه بإذنه من عشرين على عشرة فإن عجز خير المقاطع بين رد ما فضل به شريكه وإسلام حصته رقاً)** من المدونة: إذا كان عبد بين رجلين كاتباه معاً لم يجز لأحدهما أن يقاطعه على حصته إلا بإذن شريكه، فإن أذن له

وَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَى الآذِنِ وَإِنْ قَبَضَ الأَكْثَرَ، فَإِنْ مَاتَ: أَخَذَ الآذِنُ مَالَهُ، بِلاَ نَقْص، إِنْ تَرَكَهُ، وَإِلاَّ فَلاَ شَيْءَ لَهُ، وَعِتْقُ أَحَدِهِمَا وَضْعٌ لِمَالِهِ؛ إِلاَّ إِنْ قَصَدَ العِتْقَ: كَإِنْ فَعَلْتَ: فَنِصْفُكَ حُرٌّ؛ فَكَاتَبَهُ، ثُمَّ فَعَلَ: وُضِعَ النِّصْفُ، وَرُقَّ كُلُّهُ إِنْ عَجَزَ، وَلِلْمُكَاتَبِ بِلاَ إِذْنٍ بَيْعٌ وَٱشْتِرَاءٌ، وَمُشَارَكَةٌ، وَمُقَارَضَةٌ، وَمُكَاتَبَةٌ، وَٱسْتِخْلاَفُ عَاقِدٍ لأَمَتِهِ، وَإِسْلاَمُهَا، أَوْ فِدَاؤُهَا، إِنْ جَنَتْ

العرف التنجيم. هذا قول متأخري أصحابنا. وقال ابن أبي زيد في رسالته: والكتابة جائزة على ما رضيه العبد وسيده من المال منجماً. فظاهر قوله أن الكتابة لا تكون إلا منجمة وليس ذلك بصحيح على مذهب مالك انتهى. والكتابة الحالة تسمى بالقطاعة. قاله ابن راشد في اللباب ونصه: قال الأستاذ أبو بكر: وظاهر قول مالك أن التأجيل شرط في الكتابة. قال: وعلماؤنا

فقاطعه من عشرين مؤجلة في حصته على عشرة معجلة ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض هذا مثل ما أخذ المقاطع خير المقاطع بين أن يرد إلى شريكه نصف ما أخذ من العبد ويبقى العبد بينهما، أو يسلم حصته من العبد إلى شريكه رقاً **(ولا رجوع له على الآذن وإن قبض الأكثر وإن مات أخذ الآذن ماله بلا نقص أو تركه وإلا فلا شيء له)** من المدونة: لو قاطع الشريك الواحد من عشرين مؤجلة بعشرة معجلة بإذن شريكه ثم اقتضى الآذن تسعة عشر ثم عجز المكاتب، فلا رجوع للمقاطع على شريكه في هذه التسعة التي فضله بها، وإن مات المكاتب فللآذن أن يأخذ جميع ما بقي له من الكتابة بغير حطيطة، حلت أو لم تحل. ثم يكون ما بقي من ماله بين الذي قاطعه وبين شريكه على قدر حصتهما في المكاتب وإلا فلا شيء له. وقال ابن شاس: لو مات المكاتب ولم يدع شيئاً لم يرجع على المقاطع بشيء، ولو ترك شيئاً أخذ منه الذي لم يقاطع ما بقي وقسما ما بقي، ولو بقي للمقاطع شيء لتحاصا فيه بما بقي لكل واحد **(وعتق أحدهما وضع لماله)** اللخمي: إذا أعتق أحد سيدي المكاتب نصيبه في الصحة كان عتقه وضع مال، فإن عجز عن نصيب الشريك كان جميعه رقيقاً بينهما إذ لو كان ذلك عتقاً لقوم عليه نصيب صاحبه **(إلا إن قصد العتق)** اللخمي: قال مالك: إذا أعتق نصف مكاتبه فإنه وضيعة إلا أن يريد العتق فيعتق عليه جميعه الآن إن كان كله له، وإن كان شريكاً عتق عليه جميعه إذا عجز. انظر باب إذا كاتب عبده ثم أعتق نصفه من اللخمي **(كإن فعلت فنصفك حر فكاتبه ثم فعل وضع النصف ورق كله إن عجز)** قال محمد: من قال لعبده: نصفك حر إن كلمت فلاناً فكاتبه ثم كلم فلاناً فإنه يوضع عنه نصف ما بقي من الكتابة يوم حنثه فإن عجز رق كله **(وللمكاتب بلا إذن بيع وشراء ومشاركة ومقارضة)** ابن عرفة: تصرف المكاتب كالحر إلا في إخراج مال لا عن عوض مالي. ابن رشد: يجوز أن يبيع ويشتري ويقاسم شركاءه ويقر بدين لمن لا يتهم عليه **(ومكاتبة)** من المدونة: كتابة المكاتب عبده على ابتغاء الفضل جائزة وإلا لم تجز **(واستخلاف عاقد لأمته)** روى محمد: للمكاتب تزويج عبده وإمائه. ابن القاسم: إن كان على وجه النظر ورجاء فضل. انظر في النكاح عند قوله: «ووكلت مالكة ومكاتبة في أمة طلب فضلاً وإن كره سيده» **(وإسلامها أو فداؤها إن جنت)** من المدونة: إن جنى عبد المكاتب فله إسلامه أو فداؤه على

بِالنَّظَرِ، وَسَفَرٌ لاَ يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ، وَإِقْرَارٌ فِي رَقَبَتِهِ، وَإِسْقَاطُ شُفْعَتِهِ، لاَ عِتْقٌ وَإِنْ قَرِيباً وَهِبَةٌ، وَصَدَقَةٌ، وَتَزْوِيجٌ، وَإِقْرَارٌ بِجِنَايَةِ خَطَإٍ،

النظارة يجيزون الكتابة الحالة ويسمونها القطاعة انتهى. وتطلق القطاعة أيضاً على ما يفسخ السيد فيه كتابة العبد. قال في التنبيهات: والقطاعة بفتح القاف وكسرها أيضاً هي مقاطعة السيد عبده المكاتب على مال يتعجله من ذلك وأخذ العوض منه معجلاً أو مؤجلاً، وكأنه ما انقطع طلبه عنه بما أعطاه وانقطع له بتمام حريته بذلك، أو قطع بعض ما كان له عنده من جملته، وهذا جائز عند مالك وابن القاسم بكل ما كان وبما لا يجوز بين رب المال وغريمه عجل العتق لقبض جميعه أو أخره لتأخير بعضه عجل قبض ما قاطع عليه أو أخره، وسحنون لا يجيزها إلا بما يجوز بين الأجنبي وغريمه انتهى. وقال في الذخيرة: الفعالة بالفتح للسجايا الخلقية كالشجاعة، وبكسرها للصنائع كالتجارة والخياطة، وبضمها لما يطرح كالنخالة والزبالة. وهذه الاستعمالات أكثرية غير مطردة. والقطاعة هي بيع الكتابة بشيء آخر فهي نوع من التجارة والصناعة فالكسر فيها أنسب انتهى.

تنبيه: وعلى القول باشتراط التنجيم وهو التأجيل فيكفي أن يجعل الكتابة كلها في نجم واحد كما تقدم. وقوله «وصحح خلافه» قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة: وهو المشهور انتهى والله أعلم. **ص: (وتزويج) ش:** يعني أنه ليس للمكاتب أن يتزوج. قال في كتاب المكاتب منها: وليس للمكاتب أن يتزوج وإن رآه من وجه النظر أو يسافر إلا بإذن سيده، اشترط ذلك السيد عليه أم لا، إلا ما قرب من السفر مما لا ضرر فيه لحلول نجم أو غيره فذلك له انتهى. قاله ابن الحاجب. ويتزوج بإذنه. قال في التوضيح: ظاهره أنه لا يفتقر لإذن غيره وهو مقيد بما إذا لم يكن معه غيره. أشهب: وإن كان معه في الكتابة غيره فليس لسيده إجازة نكاحه إلا بإجازة من معه إلا أن يكونوا صغاراً فيفسخ على كل حال ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم ولا تتبعه إن عتق بما بقي انتهى.

وجه النظر بالنظر. تقدم تقييد كل فرع من الفروع الثلاثة بهذا القيد **(وسفر لا يحل فيه نجم)** اللخمي: منع مالك سفر المكاتب بغير إذن سيده، وأجازه ابن القاسم إن كان قريباً. اللخمي: إن كان شأنه السفر لم يمنع إلا في سفر يحل فيه النجم قبل رجوعه منه **(وإقراره في رقبته)** انظر قوله: «في رقبته» كذا هو المتن ولعله في ذمته. انظر قبل قوله: «ومكاتبه» تقدم في الحجر عند قوله: «كالعبد في غير المال» أن الحجر يلغي الإقرار في المال لا البدن. انظر قبل قوله: «ومكاتبه» **(وإسقاط شفعته. لا عتق وإن قريباً)** ابن لحاجب: يرد عتقه ولا يعتق قريبه **(وهبة وصدقة)** ابن رشد: ليس للمكاتب أن يهب ولا أن يتصدق ولا أن يعتق إلا بإذن سيده **(وتزويج)** من المدونة: ليس للمكاتب أن يتزوج وإن رآه نظراً. الباجي: إن أجازه سيده جاز وإلا فسخ **(وإقرار بجناية خطأ)** من المدونة: إن أقر مكاتب بقتل عمداً أو خطأ فصالح منه على مال لم يجز ولهم في العمد قتله بإقراره، وقد تقدم في الإقرار أن

وَسَفرٍ بَعُدَ، إِلاَّ بِإِذْنٍ، وَلَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ، إِنِ اتَّفَقَا، وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ فَيُرَقُّ، وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ كَأَنْ عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ، أَوْ غَابَ عِنْدَ الْمَحِلِّ وَلاَ مَالَ لَهُ، وَفَسَخَ الحَاكِمُ، وَتَلَوَّمَ لِمَنْ يَرْجُوهُ:

فرع: قال ابن عرفة: إن تزوج بغير إذن سيده فأجازه جاز وإن رده فسخ ولها ثلاثة دراهم انتهى. وهذا في الذكر، وأما الأنثى فيتخرج ذلك على أنه هل له الجبر أم لا؟

فرع: قال في المدونة: ولو شرط عليه السيد أنه إن نكح أو سافر بغير إذنه فمحو كتابته بيده، لم يكن له محوها إن فعل المكاتب شيئاً من ذلك وليرفع ذلك إلى السلطان. قال ربيعة: للسيد فسخ الكتابة في بعيد السفر بحكم الإمام وإن نكح فرق بينهما وانتزع ما أعطى انتهى. ص: **(وسفر بعد إلا بإذن)** ش: قال اللخمي: اختلف في سفر المكاتب بغير إذن سيده؛ فمنعه مالك وقال: قد تحل نجومه وهو غائب. وأجازه ابن القاسم إذا كان قريباً قال: ولم يكن فيه كبير مؤنة فيما يغيب على سيده إذا حلت نجومه واختار هو المنع منه إن كان صانعاً أو تاجراً قبل الكتابة لأن القصد سعايته في الحاضرة إلا أن تبور صناعته الجارية فله السفر بحميل بالأقل مما بقي عليه من الكتابة أو من قيمته. وإن كان شأنه السفر ومنه سعايته لم يكن له منعه ولا عليه أن يأتي بحميل، وإن كان النجم يحل قبل رجوعه منع منه، وإن كان يعود قبل ذلك وكانت هناك تهمة أنه يبعد أو يتأخر منع إلا أن يأتي بحميل انتهى. ونقله ابن عرفة وقال بعده: قلت: الحمالة خلاف المذهب انتهى. ص: **(فإن عجز عن شيء أو غاب عند المحل ولا مال له فسخ الحاكم)** ش: أي فسخ الحاكم الكتابة وعاد العبد لما كان عليه قبل الكتابة من رق أو تدبير أو غير ذلك، فهو أحسن من قول ابن الحاجب رق والله أعلم. ص:

إقراره بدين أو وديعة لازم. **(وسفر بعد)** تقدم عند قوله: «وسفر لا يحل فيه نجم» **(إلا بإذن)** تقدم النص بهذا بالنسبة إلى كل فرع من الفروع المعطوفة على «وسفر لا يحل فيه نجم» **(وله تعجيز نفسه إن اتفقا ولم يظهر له مال فيرق ولو ظهر له مال)** اللخمي: إن رضي السيد والعبد بفسخ الكتابة فقال مالك: ذلك لهما إن لم يكن للعبد مال ظاهر، فإن أظهر بعد ذلك أموالاً كتمها لم يرجع عما رضي به ثم ذكر الخلاف. وقال ابن رشد: الكتابة من العقود اللازمة ليس للسيد ولا للعبد خيار في حلها، فأما التعجيز إذا لم يكن له مال ظاهر فإن تراضى على ذلك السيد والعبد فهو جائز لأن حق الله قد ارتفع بالعذر وهو ظهور العجز ولا يحتاج في ذلك الرفع للسلطان، فإن دعا إلى ذلك العبد وأبى السيد فله أن يعجز نفسه دون السلطان ولا يفتقر في ذلك إلى حكم، وأما إن دعا السيد إلى التعجيز وأبى العبد فلا يعجزه إلا السلطان بعد التلوم والاجتهاد. ابن الحاجب: وليس للعبد تعجيز نفسه وإن لم يكن له مال ظاهر ولا تفسخ الكتابة إلا بالحكم **(فإن عجز عن شيء أو غاب عند المحل ولا مال فسخ الحاكم وتلوم لمن يرجوه)** تقدم نص ابن الحاجب: وإن لم يكن له مال ظاهر. وقال ابن شاس: إن عجز عن أداء النجوم أو عن أدء نجم منها رق وفسخت الكتابة بعد أن يتلوم له الإمام بعد

كَالْقِطَاعَةِ، وَلَوْ شَرَطَ خِلافَهُ، وَقَبَضَ، إِنْ غَابَ سَيِّدُهُ؛ وَإِنْ قَبْلَ مَحَلِّهَا، وَفُسِخَتْ، إِنْ مَاتَ، وَإِنْ عَنْ مَالٍ، إِلاَّ لِوَلَدٍ، أَوْ غَيْرِهِ: دَخَلَ مَعَهُ بِشَرْطٍ، أَوْ غَيْرِهِ، فَتُؤَدَّى حَالَّةً، وَرِثَهُ مَنْ مَعَهُ فِي الكِتَابَةِ فَقَطْ، مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً، وَقَوِيَ وَلَدُهُ عَلَى السَّعْيِ: سَعَوْا،

(وفسخت إن مات وإن عن ولد) ش: قال في المدونة: وإذا أدى المكاتب كتابته في مرضه جازت وصيته في ثلث ما بقي من ماله، فإن مات دفعها أو أمر بدفعها فلم تصل إلى السيد حتى مات وأوصى بوصايا فلا وصية له انتهى. قال ابن يونس: قيل لأبي عمران: فلو بعث كتابته في مرضه إلى سيده فلم يقبلها السيد حين وصولها إليه، هل يكون حراً ويرثه ورثته؟ فقال: لا حتى يقضى عليه بذلك إلا أن تكون بموضع لا حاكم فيه فليشهد عليه فيكون

الأجل، ويجتهد الإمام في أمد التلوم فيمن يرجى له دون من لا يرجى له، وإذا غاب وقت المحل بغير إذن السيد فله الفسخ عند السلطان **(كالقطاعة)** من المدونة: القطاعة كذلك في التلوم بعد الأجل **(وإن شرط خلافه)** ابن شاس: لو شرط عليك أنك إن عجزت عن نجم من نجومك فأنت رقيق لم يكن عاجزاً إلا عند السلطان والشرط باطل **(وقبض إن غاب سيده وإن قبل أجله)** ابن الحاجب: إن عجل الكتابة قبل المحل لزم ولو كان غائباً قبض الحاكم ونفذ. قال في المدونة: وإذا أراد المكاتب تعجيل ما عليه وسيده غائب ولا وكيل له على قبض الكتابة فليرفع ذلك إلى الإمام ويخرج حراً **(وفسخ إن مات وإن عن مال)** ابن الحاجب: وتنفسخ بموت العبد ولو خاف وفاء. ابن عرفة: هذا قولها إن مات المكاتب قبل دفع كتابته أو أمر بدفعها فلم تصل إلى السيد حتى مات فلا وصية له، وإن ترك أم ولد لا ولد معها وترك مالاً فيه وفاء بكتابته فهي والمال ملك للسيد **(إلا لولد أو غيره وتؤدي حالة)** ابن الحاجب: تنفسخ بموت العبد ولو خلف وفاء إلا أن يقوم بها ولد، دخل معه بالشرط أو غيره بمقتضى العقد فيؤديها حالة. ابن عرفة: اقتصاره على ذكر الولد يدل على أن الأجنبي بخلافه، والمذهب أنه مثله من المدونة. وكذا إن مات المكاتب وترك معه في الكتابة أجنبياً وترك مالاً فيه وفاء فإن السيد يتعجلها من ماله ويعتق من معه في الكتابة من أجنبي أو ولي. الجلاب: إذا مات المكاتب قبل أداء كتابته وترك ولداً دخلوا في كتابته بالولادة أو الشرط، فإن ترك مالاً أدى عنه باقي كتابته وكان ما فضل بعد ذلك ميراثاً بين ولده للذكر مثل حظ الأنثيين، وميراثه لولده دون سيده. ولا يرثه ولده العبيد ولا الأحرار ولا المكاتبون كتابة مفردة عن كتابتهم، وإنما يرثه ولده الذين دخلوا معه في كتابته. ثم قال: وإذا مات المكاتب عن مال فيه وفاء بكتابته فقد حلت كتابته، وليس لولده تأخيرها إلى نجومها، وإن لم يكن فيه وفاء كان لهم أخذ المال والقيام بالكتابة على نجومها **(وورثه من معه فقط ممن يعتق عليه)** من المدونة: إنما يرث المكاتب ممن معه في الكتابة الولد وولد الولد والأبوان والأجداد والإخوة لا غيرهم من عم أو ابن عم. محمد: وآخر قول مالك تعتق زوجته فيما ترك ولا ترثه. ابن زرقون: تقدم نص المدونة: لا توارث بينهم إلا فيمن يعتق بعضهم على بعض **(وإن لم يترك وفاء وقوي ولده على السعي سعوا)** ابن شاس: إن لم يترك وفاء وقوي ولده على السعي سعوا وأدوا

وَتُرِكَ مَتْرُوكُهُ لِلْوَلَدِ، إِنْ أَمِنَ: كَأُمِّ وَلَدِهِ وَإِنْ وُجِدَ العِوَضُ مَعِيباً، أَوِ اسْتُحِقَّ مَوْصُوفاً: كَمُعَيَّنٍ، وَإِنْ بِشُبْهَةٍ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، وَمَضَتْ كِتَابَةُ كَافِرٍ لِمُسْلِمٍ، وَبِيعَتْ: كَأَنْ أَسْلَمَ، وَبِيعَ مَعَهُ مَنْ فِي

ذلك كالحكم انتهى. ص: **(وإن وجد العوض معيباً أو استحق موصوف كمعين وإن بشبهة له إن لم يكن له مال)** ش: هكذا في كثير من النسخ وهي مشكلة لأنه لا وجه لها إلا أن تكون معطوفة على «إن» في قوله «وفسخت إن مات» وذلك يقتضي أن الكتابة تنفسخ إذا وجد العوض معيباً أو استحق، ونصوص المذهب صريحة بخلاف ذلك كما بينه ابن مرزوق فيما نقله عنه ابن غازي. وأما قول ابن غازي أنه يتمشى على أن المعنى وفسخت العتاقة ولا يكون حينئذ مخالفاً للمذهب لولا ما عارضه من كلام ابن رشد في استحقاق العبد الموصوف فلي بظاهر، لأنه يقتضي أنه إذا وجد العوض معيباً تفسخ العتاقة وهو مخالف لنص المدونة وغيرها كما سيأتي: ويوجد في بعض النسخ «وإن وجد العوض معيباً فمثله أو استحق موصوفاً

باقي الكتابة، وإن كانوا صغاراً تجر لهم فيه وأدي على نجومه إلى بلوغهم، فإن قدروا على السعي وإلا رقوا **(وترك متروكه للولد وإن أمن)** تقدم نص الجلاب: إن لم يكن فيه وفاء كان لهم أخذ المال والقيام بالكتابة على نجومها. ومن المدونة: ليس لمن معه في الكتابة من أجنبي أو ولد أخذ المال إذا كان فيه وفاء. ثم قال: فإن لم يف ببقية الكتابة فلولده الذين معه في الكتابة أخذه إن كانت لهم أمانة وقوة على السعاية ويؤدون نجوماً **(كأم ولده)** من المدونة: وإذا مات المكاتب وترك أم ولده وولداً منها أو من غيرها ولم يدع مالاً، سعت مع الولد أو سعت عليهم إن لم يقووا وقويت هي على السعي وكانت مأمونة عليه **(وإن وجد العوض معيباً فمثله أو استحق موصوف القيمة كمعين وإن بشبهة له وإن لم يكن له مال اتبع به ديناً)** قال بهرام: أجمل رحمه الله في الجواب عن هاتين المسألتين. وقال الجلاب: ولا تفسخ الكتابة لفساد العوض، ولو وجد العوض معيباً اتبع بمثله، ولو استحق ولا مال له ففي رد عتقه وعوده مكاتباً قولان. ومن المدونة: إن كانت على عبد موصوف فعتق بأدائه ثم ألفاه السيد معيباً فله رده وتبعه بمثله إن قدر وإلا كان عليه ديناً ولا يرد العتق. ومن التهذيب ما نصه: قال أشهب وابن نافع عن مالك في مكاتب قاطع سيده فيما بقي عليه على عبد دفعه إليه فاعترف مسروقاً، فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد. قال ابن نافع: وإن لم يكن له مال عاد مكاتباً. قال أشهب: لا يرد عتقه إذا تمت حريته ويتبع بذلك. قالا عن مالك: وإن قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت الوديعة رد عتقه. قال ابن القاسم وغيره: إن غر سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه، وإن تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك ديناً. **(ومضت كتابة الكافر لمسلم وبيعت كأن أسلم وبيع من معه في عقده)** اللخمي: إذا أراد الكافر أن يرجع في عتقه كافراً أو في كتابته فقال ابن القاسم: له ذلك إذ ليس ذلك من التظالم. التهذيب: إذا كاتب النصراني عبداً مسلماً ابتاعه أو كان عبده أو أسلم مكاتب له فإن كتابته تباع من مسلم ثم قال: وإذا أسلم أحد مكاتبي الذمي في كتابة واحدة بيعت كتابتهما جميعاً ولا تفرق. انظر التهذيب فالمسألة فيه مبسوطة ومبينة. **(وكفر بالصوم)** ابن شاس: لا يكفر المكاتب إلا بالصيام. ابن عرفة: لا أعرف هذا في المذهب لكنه

عَقْدِهِ، وَكَفَّرَ بِالصَّوْمِ وَآشْتِرَاطُ وَطْءِ المُكَاتَبَةِ، وَآسْتِثْنَاءُ حَمْلِهَا، أَوْ مَا يُولَدُ لَهَا، مَا يُولَدُ لِمُكَاتَبٍ مِنَ أَمَتِهِ بَعْدَ الكِتَابَةِ، أَوْ قَلِيلٍ: كَخِدْمَةٍ، إِنْ وَفَّى: لَغْوٌ،

فقيمته كمعين بشبهة وإن لم يكن له مال اتبع به ديناً. قال ابن مرزوق: وهذا الكلام أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل إلا أن قوله في المستحق إذا كان موصوفاً يرجع فيه بالقيمة ليس كذلك إنما يرجع فيه بالمثل انتهى. وقبله ابن غازي. وليس بظاهر كما سيأتي من كلام ابن رشد الذي نقل ابن غازي بعضه، ولا شك أن هذه النسخة أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل فلنشرحها ونبين موافقتها للنقل. فقوله «وإن وجد العوض معيباً فمثله» يعني أنه إذا قبض السيد من المكاتب العوض يعني الكتابة يريد أو بعضها فوجد ما قبضه أو بعضه معيباً فله رده والرجوع بمثله. قال في التوضيح: وأصله لابن عبد السلام لأن الكتابة إنما تكون بغير معين والأعواض غير المعينة إذا اطلع فيها على عيب قضى بمثلها انتهى. يريد ولا يرد العتق ولو كان عديماً. قال في أول كتاب المكاتب من المدونة: وإن كاتبه على عبد موصوف فعتق بأدائه ثم ألفاه السيد معيباً فله رده ويتبعه بمثله إن قدر وإلا كان عليه ديناً ولا يرد العتق. قال أبو الحسن: معنى المسألة أنه كاتبه على عبد مضمون ولو كان معيناً لرجع بقيمته كالنكاح على عبد بعينه والخلع على عبد بعينه انتهى. وقوله «أو استحق موصوف فقيمته كمعين» يعنى به إذا استحق ما قبضه السيد من كتابة عبده أو قطاعته إذ لا فرق بينهما كما قاله في التوضيح وصرح به اللخمي كما سيأتي وكان موصوفاً فإنه يرجع عليه بقيمة ذلك الشيء الموصوف كما يرجع عليه إذا استحق وكان معيناً بقيمتها. أما المعين فلا إشكال أنه يرجع عليه بقيمته، وأما الموصوف فتبع في ذلك ما قاله ابن رشد في أول سماع أشهب ونصه: ولا اختلاف إذا قاطع سيده على عبد موصوف واستحق من يده أنه يرجع عليه بقيمته ولا يرده في الكتابة انتهى.

وقوله: «وإن بشبهة» شرط في مضي العقد والرجوع بالقيمة في استحقاق الموصوف المعين، ويعني به ما ذكره من أن المكاتب إذا دفع لسيده شيئاً ثم استحق أنه يرجع عليه بقيمته إنما هو إذا كان له فيه شبهة. ومفهوم الشرط أنه إذا لم يكن له في العوض المستحق شبهة فإن

مقتضى قولها أنه كالعبد. **(واشتراط وطء المكاتبة واستثناء حملها أو ما يولد لها أو يولد لمكاتب من أمته بعد الكتابة وقليل كخدمة بعد وفاء لغو)** أما إذا شرط في كتابته أنه يصيبها أو استثنى ما في بطنها، فنص ابن القاسم في المدونة أن الكتابة ماضية والشرط باطل، وأما استثناء ما يولد لها ففي المدونة: إن شرط على المكاتبة أن ما ولدت في كتابتها فهو عبد، فالشرط باطل والعتق نافذ إلى أجله. وأما استثناء ما يولد للمكاتب من أمته فقد نص في المدونة أن حكمه حكم ما ولدت المكاتبة في كتابتها، قال ابن شاس: تسري الكتابة من المكاتبة إلى ولده الذي تلده بعد الكتابة من زنا أو نكاح، وكذلك ولد المكاتب الذين حدثوا من أمته بعد كتابته، وأما شرط قليل كخدمة بعد وفاء ففي المدونة: إن كاتبه على خدمة شهر بعد العتق فالخدمة باطلة وهو حر. قال مالك: كل خدمة اشترطها السيد

....

عتقه لا يمضي ويعود العبد مكاتباً. قال في البيان إثر كلامه السابق: وأما إذا قاطع سيده على شيء بعينه ولا شبهة له في ملكه غر به مولاه كالحلي يستودعه والثياب يستودعها وما أشبه ذلك، فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز ويرجع في الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدي قيمة ما قاطع به انتهى. وقوله «وإن لم يكن له مال اتبع به ديناً» فيعني به أنه إذا لم يكن للمكاتب الذي دفع إلا المعيب والمستحق الذي له فيه شبهة مال، فإنه يتبع بالمثل والقيمة ديناً في ذمته ولا تعود مكاتبته. قال في المدونة: قال ابن القاسم وغيره: إن غره سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه وإن تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك ديناً انتهى. قوله «رد عتقه» قال ابن يونس: يريد ويرجع مكاتباً انتهى. وقال في البيان في السماع المذكور: يتحصل في المكاتب يقاطع سيده من كتابته على شيء يعينه له فيه شبهة ثلاثة أقوال: أحدها أنه يرجع في الكتابة حتى يؤدي إلى سيده قيمة ذلك، مليئاً كان أو معدماً، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في الذي يؤدي كتابته من أموال غرمائه. والثاني أنه لا يرجع في الكتابة إلا أن يكون معدماً وهو قول ابن نافع في المدونة. والثالث أنه لا يرجع في الكتابة. مليئاً كان أو معدماً، ويتبع بذلك إن كان معدماً في ذمته وهو حر بالقطاعة، وهو قول أشهب في المدونة انتهى.

قلت: وهو الذي يفهم من كلام ابن القاسم الذي نقلناه عن المدونة، وأما مسألة الغرماء فسيأتي أنها بمنزلة ما لا شبهة له فيه. وقال في المدونة: قال أشهب ابن نافع عن مالك في مكاتب قاطع سيده فيما بقي له عليه على عبد دفعه إليه فاعترف مسروقاً فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد. قال ابن نافع: هذا إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال عاد مكاتباً. وقال أشهب: لا يرد عتقه إذا تمت حريته ويتبع ذلك. قالا عن مالك: وإن قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت رد عتقه انتهى.

تنبيه: قال في المدونة: وإن أدى كتابته وعليه دين فأراد غرماؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه، فإن علم أن ما دفع من أموالهم فلهم أخذه ويرجع رقاً، وإن لم يعلم ذلك مضى عتقه. قال ابن يونس: قوله: «ويرجع رقاً» يريد مكاتباً وهذا من قوله يدل على أنه دفع إلى سيده شيئاً تقدمت له فيه شبهة ملك أنه يرد عتقه ويرجع مكاتباً خلاف ماله بعد هذا انتهى. يشير إلى كلام المدونة السابق. قال الشيخ أبو الحسن الصغير: فجعل ابن يونس ما تقدم لهذا العبد من ملكه لهذا الذي دفع إلى السيد شبهة وإن كان أموال غرمائه، وجعله اللخمي ليس بشبهة لتسلط الغرماء على ذلك، فحمله ابن يونس على الخلاف. وحمله اللخمي على الوفاق انتهى. ونص ما في التبصرة اللخمي: قال الشيخ: إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب أو عن المقاطعة، فإن كان المكاتب موسراً غرم مثل ما أخذ من السيد ومضى عتقه، وسواء كان له فيه شبهة أم لا. وإن كان معسراً افترق الجواب، فإن لم يكن له في ذلك شبهة

وإنما قضى من أموال الغرماء أو من وديعة ولا شيء له في الكتابة إن كان يرجى له مال، وإن كان لا يرجى رد في الرق وسقطت الكتابة، وإن كان له في ذلك شبهة اتبع بذلك في ذمته ولم يرده. وقاله ابن القاسم: ويحمل ذلك على أن السيد أعتقه عندما دفع ذلك إليه فلا يرد عتقه وإن لم يعتقه وإنما أخذ منه المال وتشاهدا أنه لا ملك له عليه لدفع المال. وأنه قد استحق الحرية بالخروج عن ملك سيده بذلك كان له أن يرده إلى الكتابة أو في الرق إذا كان لا يرجى له مال إلا أن يكون الاستحقاق بعد أن طال أمره، وجازت شهادته وورث الأحرار فيستحسن أن لا يرد انتهى. وقال الرجراجي: إذا قاطعه سيده على مال ثم استحق فتحصيله إن كان المكاتب موسراً غرم للسيد مثل ما أخذ منه أو قيمته إن كان مما يرجع إلى القيمة ومضى عتقه، وسواء تقدمت فيه شبهة ملك أم لا، ولا خلاف في ذلك. وإن كان معسراً ففي ذلك أربعة أقوال: أحدها أن عتقه مردود جملة وهو قول مالك في أول الباب إذا علم أن ذلك من أموالهم. والثاني أن عتقه ماض ولا يرد ويتبعه وهو قول مالك وأشهب في الكتاب. والثالث التفصيل بين ما تقدمت فيه شبهة ملك فيمضي عتقه ويتبع بقيمة ذلك، وما لم يتقدم له فيه شبهة فيرد السيد عتقه فيه وهو قول الرواة في المدونة، وهو ظاهر قول أشهب في المكاتب يقاطع على وديعة. والقول الرابع بالتفصيل بين أن يطول الزمان أو يقصر. فيمضي عتقه مع الطول ويرد مع القرب. وعلى القول برد عتقه هل يرد إلى الرق أو إلى الحرية؟ المذهب على ثلاثة أقوال، كلها مستقرأة من المدونة: أحدها أنه يرد إلى الرق لا إلى الكتابة وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتابة. والثاني أنه يرد إلى كتابته وهو قول الرواة. والثالث التفصيل بين أن يرجى له مال فيرد إلى الكتابة، أو لا يرجى له مال فيرد إلى الرق وهو اختيار اللخمي انتهى.

تنبيه: قال ابن يونس: اختلف في معنى قوله في المدونة: «فإن علم أن ما دفعه من أموالهم» هل يريد أموالهم بعينها أو دفع وقد استغرق الدين ما كان بيده؟ والذي أرى أنه إن دفع وهو مستغرق الذمة فلهم رده وإن لم تكن أعيان أموالهم لأنها أموالهم أو ما تولد عنها، وكما لهم منع الحر من العتق والصدقة إذا كان مستغرق الذمة فكذلك لهم منع هذا من أن يعتق نفسه بهذا. وقد قال مالك بعد هذا: إذا كان المكاتب مدياناً فليس له أن يقاطع سيده ويبقى لا شيء له لأن غرماءه أحق بماله من سيده، فإن فعل لم يجز، وكذلك أداؤه جميع كتابته. ولا فرق بين أعيان أموالهم وأثمان ذلك وما اعتاض المكاتب منها أن ذلك كأعيان أموالهم والغرماء أحق به انتهى. وقوله: «وإن لم يعلم أن ما دفعه إلى السيد من أموالهم» هو ما دفع مما أفاده من عمل يده أو أرش خراجه أو دفعها بيده وليس بمستغرق الذمة وفيما بقي بيده وفاء لدينه. وإن أشكل ذلك قال بعض علمائنا: لا سبيل إلى نقض العتق، فإن اعترف السيد بذلك فالقياس أن ينفذ العتق ويرد على الغرماء ما قبض لإقراره أنهم أولى به منه انتهى. فتحصل من هذا أنه إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب عن كتابته أو عن قطاعته

وَإِنْ عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ، أَوْ عَنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ، وَإِنْ عَلَى سَيِّدِهِ: رُقَّ: كَالْقِنِّ، وَأُدِّبَ: إِنْ وَطِىءَ بِلاَ مَهْرٍ،

فإنه إن كان موسراً أخذ منه مثل الذي استحق إن كان من ذوات الأموال وقيمته إن كان من ذوات القيم، سواء كان موصوفاً أو معيناً كما صرح به ابن رشد، وهو الذي يؤخذ من كلام الرجراجي وغيره خلافاً لما قال ابن مرزوق: الموصوف يرجع فيه للمثل والله أعلم. ولا يرد العتق سواء كان له فيما دفعه شبهة أو لم يكن كما صرح به اللخمي والرجراجي خلاف ما قال ابن رشد في السماع المتقدم عن ابن القاسم فيما إذا كاتبه بما له فيه شبهة ثم استحق أنه يرجع إلى الكتابة، مليئاً كان أو معدماً وهو غير ظاهر، بل ظاهر المدونة أنه إذا كانت له فيه شبهة أنه لا يرد إلى الكتابة. وأما إذا لم يكن له فيه شبهة فظاهر كلام ابن رشد أو صريحه أنه يرجع إلى الكتابة بلا خلاف ولو كان موسراً وهو ظاهر المدونة خلاف ما يفهم من كلام الرجراجي واللخمي. وأما إن كان معسراً فلا يخلو إما أن يكون له شبهة فيه أم لا. فإن لم تكن شبهة فالذي عليه أكثر الرواة أنه يرجع إلى الكتابة. وقد قال ابن رشد في السماع المذكور: لا خلاف في ذلك، لكن نقل الرجراجي في ذلك خلافاً وهو بعيد ولا يرجع إلى الرق إلا على القول الذي ذكره الرجراجي آخراً وهو بعيد أيضاً. وأما تفصيل اللخمي بين من يرجى له مال أو لا فلا ينبغي أن يعد خلافاً لأن من لا يرجى له مال إذا رددناه للكتابة وعجز عنها رجع رقيقاً والله أعلم. وأما إن كانت له فيه شبهة فاختلف في ذلك؛ فالذي عليه أكثر الرواة أنه يتبع بذلك في ذمته ولا يعود إلى الكتابة. وقال ابن نافع: يعود إلى الكتابة. وذكر الرجراجي قولاً بأنه يعود رقيقاً وهو بعيد، وما دفعه من أموال الغرماء فجعله في المدونة مما لا شبهة له فيه وهو ظاهر والله أعلم.

تنبيه: إن قيل: لم قلتم إذا استحق ما قاطع به المكاتب يرجع بقيمته، ولم تقولوا يرجع ببقية الكتابة التي قاطع عليها كمن أخذ من دينه عرضاً ثم استحق أنه يرجع بدينه؟ قيل: الكتابة ليست بدين ثابت لأنها تارة تصح وتارة لا تصح فأشبهت ما لا عوض له معلوم من نكاح أو خلع بعوض يستحق فإنه يرجع بقيمته ص: **(وقليل كخدمة لغو)** ش: تصوره واضح.

فرع: لو شرط على مكاتبه أنه إذا شرب خمراً عاد رقيقاً ففعل فليس له رده. قاله في النكت، ونقل هذا الفرع في التوضيح وسقط من بعض نسخه لفظة: «ليس» ففسد الكلام، وكأنه وقع في نسخة الشارح كذلك قال في الكبير إنه إذا فعل العبد ذلك رجع رقيقاً، وكذا

بعد أداء الكتابة فباطلة، فإن شرطها في الكتابة فأدى العبد قبل تمامها سقطت **(وإن عجز عن شي أو أرش جنايته وإن على سيده رق كالقن)** أما إذا عجز عن شيء فقد تقدم عند قوله: «فإن عجز عن شيء فسخ الحاكم». وأما إذا عجز عن الأرش فقال ابن شاس: إذا جنى المكاتب على أجنبي أو على سيده لزمه الأرش، فإن أداه بقي على كتابته وإن عجز رق. **(وأدب إن وطىء بلا مهر)** من المدونة:

وَعَلَيْهِ: نَقْصُ الْمُكْرَهَةِ، وَإِنْ حَمَلَتْ: خُيِّرَتْ فِي الْبَقَاءِ، وَأُمُومَةِ الْوَلَدِ، إِلاَّ لِضُعَفَاءَ مَعَهَا، أَوْ أَقْوِيَاءَ: لَمْ يَرْضُوا وَحُطَّ حِصَّتُهَا، إِنِ اخْتَارَتِ الأُمُومَةَ، وَإِنْ قُتِلَ. فَالْقِيمَةُ لِلسَّيِّدِ، وَهَلْ قِنًّا، أَوْ مُكَاتِباً، تَأْوِيلاَنِ، وَإِنِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ: صَحَّ، وَعَتَقَ إِنْ عَجَزَ، وَالْقَوْلُ لِلسَّيِّدِ فِي الْكِتَابَةِ وَالأَدَاءِ؛ لاَ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ وَالأَجَلِ، وَإِنْ أَعَانَهُ جَمَاعَةٌ؛ فَإِنْ لَمْ يَقْصِدُوا الصَّدَقَةَ: رَجَعُوا بِالْفَضْلَةِ، وَعَلَى السَّيِّدِ بِمَا قَبَضَهُ؛ إِنْ عَجَزَ؛ وَإِلاَّ فَلاَ،

في الشامل وتبعه البساطي، وقد نقلت لفظ النكت في حاشية الشامل فتأمله والله أعلم. ص: **(رق كالقن)** ش: أي فيخير سيده حينئذ في فدائه بأرش الجناية أو إسلامه. ص: **(رجعوا بالعضلة)** ش: قال الجزولي: فإن دفع إليه اثنان مالاً ليؤديه في الكتابة فدفع له مال أحدهما

من كاتب أمته فليس له أن يطأها، فإن فعل درىء عنه الحد وعنها، أكرهها أو طاوعته، ويعاقب إلا أن يعذر بجهل ولا صداق لها إلا ما نقصها إن طاوعته. **(وعليه نقص المكرهة)** من المدونة: وإن أكرهها فعليه ما نقصها. **(وإن حملت خيرت في البقاء وأمومة الولد)** من المدونة: وهي بعد وطء السيد على كتابتها إلا أن تحمل فتخير عند مالك بين أن تكون أم ولد أو تمضي على كتابتها **(إلا الضعفاء معها أو أقوياء لم يرضوا وحط حصتها إن اختارت الأمومة)** من المدونة: إذا ولدت المكاتبة بنتاً ثم ولدت بنتها بنتاً أخرى فزمنت البنت العليا وأعتقها السيد، جاز عتقه وبيعت الأم مع السفلى، ولو وطىء السيد البنت السفلى فأولدها فولدها حر ولا تخرج هي من الكتابة وتسعى معهم إلا أن ترضى هي وهم بإسلامها للسيد، ويحط عنهم حصتها من الكتابة وتصير حينئذ أم ولد للسيد. قال سحنون: هذا إن كان معها في الكتابة من يجوز رضاه ولا يخشى عجزهم بإسلامها **(وإن قتل فالقيمة للسيد وهل قناً أو مكاتباً تأويلان)** من المدونة قال مالك: إذا قتل المكاتب قوم على هيئته في الحال التي كان عليها. اللخمي: يقوم عبداً لا كتابة فيه لأن عقد العتق سقط حكمه بالقتل. قاله ابن القاسم في المدونة: ابن رشد: معنى قول مالك في المدونة يقوم على أنه مكاتب عليه من بقية كتابته كذا وكذا على ما يعرف من قدرته على تكسب المال دون اعتبار ماله. **(وإن اشترى من يعتق عليه صح وعتق إن عجز)** ابن شاس: إن اشترى المكاتب من يعتق على سيده صح، فإن عجز رجع إلى السيد وعتق عليه. بهرام: وللمكاتب وطء هذه الأمة التي تعتق على سيده وله بيعها لأن المكاتب أحرز نفسه وماله، فإن عجز فحينئذ تعتق على السيد. **(والقول للسيد في الكتابة والأداء)** ابن شاس: إن اختلف السيد والعبد في أصل الكتابة والأداء فالقول قول السيد. ابن عرفة: ولا يمين عليه في الأولى ويحلف في الثانية. **(لا القدر)** من المدونة: إن اختلفا في قدرها فالقول قول العبد. **(والأجل)** من المدونة: إن اتفقا في التأجيل واختلفا في حلوله صدق العبد. **(والجنس)** ابن شاس: إذا تنازعا في قدر النجوم أو جنسها أو أجلها فالقول قول المكاتب. قاله ابن القاسم. لأن العتق قد حصل بالاتفاق وهو مدعى عليه. **(وإن أعانه جماعة فإن لم يقصدوا الصدقة عليه رجعوا بالفضلة وعلى السيد بما قبضه إن عجز وإلا فلا)** من المدونة: والمكاتب إذا أعانه قوم في كتابته بمال فأدى منه كتابته وفضلت فضلة، فإن أعانه بمعنى

وَإِنْ أَوْصَى بِمُكَاتَبَتِهِ: فَكِتَابَةُ الْمِثْلِ، إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِنَجْمٍ، فَإِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ قِيمَتَهُ: جَازَتْ، وَإِلاَّ فَعَلَى الْوَارِثِ الإِجَازَةُ أَوْ عِتْقُ مَحْمِلِ الثُّلُثِ، وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمُكَاتَبِهِ، أَوْ بِمَا عَلَيْهِ، أَوْ بِعِتْقِهِ: جَازَتْ، إِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ قِيمَةَ كِتَابَتِهِ، أَوْ قِيمَةَ الرَّقَبَةِ عَلَى أَنَّهُ مُكَاتَبٌ، وَأَنْتَ حُرٌّ، عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفاً، أَوْ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ: لَزِمَ الْعِتْقُ وَالْمَالُ؛

وخرج حراً فإنه يرد مال الآخر إليه، وإن لم يعلم مال من بقي فإنهما يتحاصان فيه على قدر ما دفعا إليه.

فرع: قال الجزولي: وكذلك كل من دفع إليه مال لأمر ما إما لكونه عالماً أو صالحاً أو فقيراً ولم تكن فيه تلك الخصلة فإنه يرده ولا يأكله، فإن فعل فقد أكل حراماً انتهى. وانظر حاشية المشذالي على المدونة في هذا المحل وتقدم الكلام على شيء من ذلك. ص: **(وأنت حر على أن عليك ألفاً أو وعليك لزم العتق والمال)** ش: ذكر أهل المذهب هنا خمس صيغ وفي

الفكاك لرقبته لا صدقة عليه فليرد عليهم الفضلة بالحصص أو يحللوه منها، وإن عجز فكل ما قبض السيد منه قبل العجز حل له، كان من كسب العبد أو صدقة عليه. وأما لو أعين في فكاك رقبته فلم يف ذلك بكتابته كان لكل من أعانه الرجوع بما أعطى إلا أن يحلل منها المكاتب فيكون له، ولو أعانوه بصدقة لا على الفكاك فكذلك إن عجز حل لسيده. وانظر إن لم يعرفوا كما لو لم يعرف صاحب اللقطة ففرق في الإيقاف بين هذا واللقطة. **(وإن وصى بكتابة فكتابة المثل إن حمله الثلث)** من أوصى أن يكاتب عبده والثلث يحمل رقبته جاز وكوتب مكاتبة مثله على قدر قوته وأدائه، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين مكاتبته أو عتق محمل الثلث بتلاً. **(وإن أوصى له بنجم فإن حمل الثلث قيمته جازت)** من المدونة: من وهب لمكاتبته نجماً بعينه من أول الكتابة أو وسطها أو آخرها أو تصدق به عليه أو أوصى له بذلك وذلك كله في حال المرض ثم مات السيد، قوم ذلك النجم وسائر النجوم بالنقد بقدر آجالها، فبقدر حصة النجم منها يعتق الآن من رقبته ويوضع عنه النجم بعينه إن حمله الثلث، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إجازة ذلك أو بتل محمل الثلث من المكاتب، ويحط عنه من كل نجم بقدر ما عتق منه، وليس من النجم المعين خاصة في هذا لأن الوصية قد حالت عن وجهها لما لم يجز الورثة. **(وإلا فعلى الوارث الإجازة أو عتق محمل الثلث)** تقدم قولها: وإن لم يحمله الثلث في كلتا المسألتين قبل هذا. **(وإن أوصى لرجل بكتابة أو بما عليه أو بعتقه جازت إن حمل الثلث قيمة كتابته أو قيمة الرقبة على أنه مكاتب)** من المدونة: من أوصى لرجل بمكاتبته أو بما عليه أو أوصى بعتق مكاتبه أو بوضع ما عليه جعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة أو قيمة الرقبة على أنه عبد مكاتب في إخراجه وأدائه كما لو قتل. وقاله ابن نافع. **(وأنت حر على أن عليك ألفاً أو وعليك ألف لزم العتق والمال)** عياض: المسألة الأولى أنت حر على أن عليك كذا أو وعليك كذا، هما سواء يعتق العبد وإن لم يرض. ومن المدونة: من قال لعبده أنت حر الساعة بتلاً وعليك مائة دينار إلى أجل كذا، فقال مالك وأشهب هو حر الساعة بالمائة أحب أم كره. وقال ابن

....

بعضها خلاف مخرج، وما ذكره المصنف في هاتين المسألتين هو قول مالك. قال في التنبيهات: الأولى قوله: «أنت حر» و«عليك ألف» والعبد غير راضٍ فيها ثلاثة أقوال: الأول قول مالك وأشهب إلزام السيد العتق المعجل والعبد المال بكل حال معجلاً إن كان موسراً، أو ديناً إن كان معسراً انتهى. وهو الذي اقتصر عليه المؤلف ثم ذكر القولين ثم قال: الثانية قوله: «أنت حر على أن عليك ألفاً» فيها أربعة أقوال: قول مالك بإلزامه العتق والمال كما في الأولى انتهى. ثم ذكر بقية الأقوال والله أعلم.

تنبيه: قال ابن الحاجب: وأنت حر على ألف عتق في المال والحال في ذمته. قال ابن عبد السلام: قوله: «أنت حر على ألف» من غير أن يقول تؤدي أو تدفع أو غير ذلك لا يفيد شيئاً انتهى. وقال في التوضيح: قوله: «عتق» يريد إذا قبل العبد وهذا الكلام راجع إلى قوله: «أنت حر على أن عليك كذا». وعلى هذه الصورة حمل ابن راشد كلام المؤلف يعني ابن الحاجب وقد ذكروا هاهنا صيغاً إلى آخره ثم قال: واختلف في الأولى وهي: «أنت حر على أن عليك ألفاً» على أربعة أقوال: الأول لمالك بإلزامه العتق وإلزام العبد المال، وسواء قال أنت حر الساعة مثلاً أو لم يقل. وهو الذي اقتصر عليه المصنف انتهى. فانظر أول كلامه وآخره كيف قال أولاً يريد إذا قبل العبد، وقال آخراً: مراد المصنف قول مالك بإلزام السيد العتق والعبد المال، ففي كلامه تدافع. وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام ابن عبد السلام المتقدم: قلت: ظاهر كلام ابن عبد السلام أن هذا اللفظ الذي ذكره ابن الحاجب لغو. وقال عياض: المسألة الأولى أنت حر وعليك كذا أو على أن عليك كذا، هما سواء يعتق العبد وإن لم يرض. قلت: فهذه المسألة والتي ذكرها ابن عبد السلام سواء فتأمله انتهى. وهو الذي حمله ابن رشد عليه. فتحصل من كلام ابن الحاجب وفهم ابن راشد وابن عرفة أنه لا فرق بين أن يقول: «أنت حر على ألف» أو «على أن عليك ألفاً» والله أعلم.

تنبيه: ومثل قوله: «أنت حر وعليك ألف» قوله: «أنت حر الساعة على أن تدفع إلي ألفاً». قال أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني: قال ابن يونس: المحصول من قول مالك أنه إن قال أنت حر الساعة مثلاً وعليك مائة دينار أو على أن عليك مائة ديناراً وعلى أن تدفع إلي مائة دينار أنه حر ويتبع بالمائة أحب أم كره. وإن قال أنت حر ولم يقل الساعة مثلاً ففي قوله أنت حر وعليك أو على أن عليك، يعتق أيضاً ويتبع مثل الأول، وإن قال على أن تدفع لا يعتق حتى يدفع لأنه لم يبتل عتقه إلا بعد دفع المال انتهى. ومثله على أن تؤدي إذ لا فرق بينهما كما صرح به ابن رشد في المقدمات وعياض عن التنبيهات وغيرهما، وكذلك لو لم يقل الساعة ولكنه أراده فإنه بمنزلة ما لو تلفظ به. قاله في العتق الثاني من المدونة في الموضع الذي هذا شرحه وسيأتي لفظه والله أعلم. ص:

وَخُيِّرَ الْعَبْدُ فِي الالْتِزَامِ وَالرَّدِّ، فِي: أَنْتَ حُرٌّ، عَلَى أَنْ تَدْفَعَ أَوْ تُؤَدِّيَ، أَوْ إِنْ أَعْطَيْتَ، أَوْ نَحْوِهِ.

(وخير العبد الالتزام والرد في أنت حر على أن تدفع أو تؤدي أو إن أعطيت ونحوه) ش: هذه هي المسائل الثلاثة الباقية. وقوله: «ونحوه» معطوف على المجرور بـ«في» ونحوه على أن تدفع إلي أو تؤدي إلي أو تعطيني أو تجيئني بكذا. قاله في التنبيهات. ونحوه إن أعطيت أو أديت أو جئتني أو إذا أو متى. وقاله في العتق الثاني من المدونة وإذا خير العبد في الرد والقبول فإن رد فلا كلام. وإن قبل فلا يعتق إلا بأداء. صرح به في العتق الثاني منها.

تنبيهات: الأول: لا ينجم عليه في هذه الصورة. قاله في المدوّنة أيضاً.

الثاني: قال فيها: ليس للعبد أن يطول بسيده ولا للسيد أن يعجل بيعه إلا بعد تلوم السلطان بقدر ما يرى، وسيأتي الخلاف فيه في كلام عياض.

الثالث: قال فيها أيضاً: وإن دفع الألف عن العبد أجنبي أجبر السيد على أخذها وعتق العبد، ولو دفع العبد ذلك من مال كان بيد العبد فقال السيد ذلك المال لي فليس له ذلك لأن العبد ها هنا كالمكاتب يتبعه ماله ويمتنع السيد من كسبه أيضاً انتهى.

الرابع: قال في المدونة: لو قال أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار إلى سنة فقبل ذلك العبد، فإن لم يقل حر الساعة أو يرد ذلك لم يعتق العبد إلا بالأداء عند مالك ويتلوم له بعد محله، فإن عجز رق. وقوله: «إن جئتني بكذا أو إلى أجل كذا فأنت حر من القطاعة» ومن ناحية الكتابة ويتلوم له كالمكاتب وليس له بيعه. قال أبو الحسن: قال اللخمي: ويحال بين السيد ومال العبد وخراجه. وله أن يسعى فيما لزم من المال ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى أنه يحضره فيه، وإن لم يأت به تلوم له ولا يمكن العبد أن يطول على السيد فإن لم يحضره كان رقيقاً انتهى.

الخامس: قال عياض في التنبيهات بعد ذكره الخلاف في المسألة الخامسة وهي قوله إن أعطيتني ولكن يختلف هل تفويض في «إن» و«إذا» و«متى» وللعبد ذاك وإن طال الزمان وهو قول مالك في المبسوط قال: له ذلك ما دام في ملكه وإن طال زمانه ويلزم ذلك ورثته من بعده. قال ابن القاسم: ولا سبيل إلى بيعه في هذه الوجوه ولا هبته حتى يوقف عند الإمام

القاسم: هو حر فلا يتبع بشيء. وفي هذه المسئلة ثلاثة أقوال. **(وخير العبد في الالتزام والرد في أنت حر على أن تدفع أو تؤدي أو إن أعطيت ونحوه)** عياض: المسألة الخامسة إن أديت إلي أو أعطيتني أو جئتني أو إذا وشبه ذلك، فظاهر في الحكم في العتق وما آل الأمر إلى أنه لا فرق بين ذلك وبين قوله على أن تدفع إلي، وأنه لا يلزمه العتق إلا برضاه ودفعه ما لزمه، وأن له أن لا يقبل ويبقى رقاً. ونص المدونة قال مالك: إن قال أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار لم يعتق إلا بأدائها. قال ابن القاسم: وللعبد أن لا يقبل ويبقى رقاً، ذكر السيد أجلاً للمال أم لا.

باب الاستبراء

إِنْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِوَطْءٍ وَلاَ يَمِينَ إِنْ أَنْكَرَ: كَأَنِ ٱسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ

ويتلوم له أو يعجزه، ومثله في المدونة على قياس قول مالك. وفي العتبية: إن طال الزمان لم يلزم السيد ما جاء به ونحوه للمخزومي في المدونة والمبسوط. ومذهب سحنون أنه متى قاما من المجلس فلا حرية للعبد وإن جاءه بالمال انتهى. وقوله في هذه الوجوه يعني به المسائل الثلاث وهي على أن تدفع أو على أن تؤدي أو إن أعطيت. وهذا كلام عياض الموعود به، واشتمل أوله على مسألة وآخره على مسألة أخرى.

السادس: إن قيل: ما الفرق بين قوله: «أنت حر على أن عليك ألفاً» وبين قوله: «على أن تدفع؟» قيل: الفرق أنه إذا قال إن عليك ألفاً فقد ألزمه ذلك ولم يجعله إليه وللسيد أن يلزم عبده ويجبره على العتق على المال وعلى التزويج. قاله أبو الحسن: وليس في هذه مصادرة لأن الكلام مع من يسلم أن للسيد أن يجبر عبده ويلزمه ولكنه يسأل لم جعل هذا اللفظ يدل على الإلزام وهذا لا يدل عليه. وإذا قال: «على أن يدفع» فقد جعل الدفع إليه فكأنه جعل للعبد في ذلك اختياراً. ونظراً لصرفه العمل إليه، وفي قوله: «على أن عليك» كأنه ألزمه ولم يجعل له في ذلك رأياً ولا اختياراً، بل ظاهره الجبر على الدفع فتأمله. وهذا مأخوذ من المقدمات ومن الرجراجي، وتقدم في كلام أبي الحسن شيء من هذا في الكلام على القولة الأولى والله أعلم.

السابع: إذا كانت المقول لها أمة فكل ما ولدت بعد ذلك فإنه يعتق إذا أدت الألف وخرجت حرة. قال مالك: كل شرط كان في أمة فما ولدت بعد الشرط من ولد أو كانت حاملاً به يوم شرط لها ذلك فولدها في ذلك الشرط بمنزلتها. انتهى من عتقها الثاني.

الثامن: قال فيه: وإذا قال لعبده إن أديت إلي اليوم مائة دينار فأنت حر فمضى اليوم ولم يؤد شيئاً، فلا بد له من التلوم انتهى والله أعلم.

باب

ص: (إن أقر السيد بوطء ولا يمين إن أنكر كأن ادعى استبراء بحيضة) ش: هذا

باب

(إن أقر السيد بوطء) ابن الحاجب: تصير الأمة أم ولد بثبوت إقرار السيد بالوطء وثبوت الإتيان بولد حي أو ميت علقة فما فوقها مما يقول النساء إنه حمل، ولو ادعت سقطاً من ذلك ورأى النساء أثره اتبع. (ولا يمين إن أنكر) اللخمي: إن ادعت وطأه وأنكر صدق. محمد: ولا يمين عليه. وإن كانت رائعة قال مالك: إذا أتت المملوكة بولد لم يلحق بالسيد إلا أن يقر بالوطء، وإذا أتت

وَنَفَاه، وَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَإِلاَّ لَحِقَ بِهِ، وَلَوْ أَتَتْ لأَكْثَرِهِ، إِنْ ثَبَتَ إِلْقَاءُ عَلَقَةٍ فَفَوْقُ، وَلَوْ بِامْرَأَتَيْنِ: كَادِّعَائِهَا سِقْطاً رَأَيْنَ أَثَرَهُ:

الباب يسمى باب أمهات الأولاد. والأم في اللغة أصل الشيء والجمع أمات. وأصل الأم أمهة ولذلك يجمع على أمهات. وقيل: الأمهات للناس وأمات للنعم. وأم الولد في اللغة عبارة عن كل من ولد لها ولد، وهو خاص في استعمال الفقهاء بالأمة التي ولدت من سيدها. وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع، ولعل سبب ذلك تنوع الولد الذي تحصل به الحرية فقد يكون تام الخلقة وقد لا يكون كذلك من مضغة وغيرها، عياض: ولأم الولد حكم الحرائر في ستة أوجه وهي: أنه لا خلاف أنهن لا يبعن في دين ولا غيره. ولا يرهن، ولا يوهبن، ولا يؤاجرن، ولا يسلمن في جناية، ولا يستسعين. وحكم العبيد في أربعة أوجه: انتزاع مالهن ما لم يمرض السيد، وإجبارهن على النكاح على القول به، واستخدامهن في الخفيف الذي لا يلزم الحرة، وكونهن لسيدهن له فيهن الاستمتاع. انتهى من التوضيح.

تنبيه: قال في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الجامع: قال ابن القاسم: بلغني أن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وسالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب وعلي بن الحسين بن علي بن أبي طالب كانوا بني أمهات أولاد. قال ابن رشد: إنما ذكر هذا ليتبين أن هذا ليس مما يعاب به أحد وهو بيّن. قال الله تعالى: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات: ١٣] انتهى. وقوله: «ولا يمين إن أنكر كأن ادعى استبراء» قال في تهذيب الطالب: وسألت الشيخ أبا بكر بن عبد الرحمن عن الأمة تأتي بولد فينكره السيد ويدعي الاستبراء فلا يلحق به، هل تحد فوقف عن الحدود؟ وذكر أن الشيخ أبا الحسن وقف في ذلك. قال الشيخ أبو بكر: وهي شبهة تدفع الحد والمرأة قد تهرق الدم على الحمل والحد يسقط عنها

الزوجة بولد لحق به وإن لم يقر بالوطء. قال عبد الوهاب: وفي كلا الموضعين فالوطء مباح له. قال مالك: لا ينتفي ولد حرة إلا بلعان بخلاف ولد الأمة. قال عبد الوهاب: وفي كلتيهما الفراش موجود. **(كأن استبرأ بحيضة ونفاه وولدت لستة أشهر)** من المدونة: من أقر بوطء أمته وادعى بعده أنه استبرأها بحيضة ونفى ما أتت به من ولد، صدق في الاستبراء ولم يلزمه ما أتت به من ولد للأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء. ابن عرفة: قوله «لأكثر من ستة أشهر» يريد أو ستة **(وإلا لحق به ولو لأكثره)** من المدونة: إن أقر بوطء أمته ثم أتت بولد فقال لها لم تلديه مني ولم يدع الاستبراء، لزمه ما أتت به من ولد لأقصى ما تلد له النساء إلاأن يدعي الاستبراء بحيضة **(إن ثبت إلقاء علقة ففوق)** تقدم نص ابن الحاجب وانظر في العدة عند قوله «وإن دماً اجتمع». **(ولو بامرأتين)** اللخمي: اختلف إن شهدت امرأتان بالولادة فقال ابن القاسم: تكون أم ولد. **(كادعائها سقطاً رأين أثره)** من المدونة: إن أقر بوطء أمته فأتت بولد فأنكر السيد أن تكون ولدته فقال: لا يكاد يخفى على الجيران

عَتَقَتْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَوَلَدُهَا مِنْ غَيْرِهِ، وَلاَ يَرُدُّه دَيْنٌ سَبَقَ: كَاشْتِرَاءِ زَوْجَتِهِ حَامِلاً، لاَ بِوَلَدٍ سَبَقَ، أَوْ وَلَدٍ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ، إِلاَّ أَمَةَ مُكَاتَبِهِ أَوْ وَلَدِهِ،

عندي، وكذلك قال غيره من شيوخنا القرويين أنها شبهة تدفع الحد، قال: ألا ترى أن عبد الملك يحلفه على ما ادعى من الاستبراء؟ قال: وأما لو أنكر أن يكون وطئها أصلاً فهاهنا تحد إذ لا أحد علمناه يقول إن عليه اليمين إذا كان يقول ما وطئها أصلاً انتهى.

مسألة: قال في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب العتق في أمة أقرت بعد موت سيدها أنها أتت بهذا الولد من فاحشة، وقامت بينة أن السيد كان أقر بوطئها، فإن الولد يلحق به وإقرارها بالزنى لا ينفيه عن والده ولا يوجب إقرارها ملكها بل هي حرة من رأس المال والله أعلم. ص: **(عتقت من رأس ماله)** ش: قال الجزولي: انظر إذا تركها حاملاً هل تعتق في الحال أو تنتظر حتى تضع إذ قد ينفش الحمل قولان، المشهور تعتق في الحال وعليه اختلف في نفقتها فقيل في التركة، وقيل على نفسها وعلى القول الآخر نفقتها في التركة انتهى. وانظر المسألة في أول سماع أشهب من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد. وفي رسم سعد من سماع ابن القاسم من طلاق السنة، فإنه صرح فيه بأن المشهور أنها حرة بتبين الحمل وأنه لا نفقة لها ولا سكنى، وكذلك أم الولد إذا مات سيدها وهي حامل فلا نفقة لها ولا سكنى على المشهور فانظره. ص: **(كاشتراء زوجته حاملاً)** ش: هذا هو المشهور، يريد إذا لم تكن ملكاً لم يعتق عليه ولدها كأبيه ونحوه، فإن كانت لم تكن بذلك أم ولد بلا خلاف. قاله في التوضيح: أما إن أعتق

السقط والولادة وأنها لوجوه يصدق النساء فيها وهو الشأن. **(عتقت من رأس المال)** هذا جواب إن أقر. قال ابن رشد: إذا ولدت الأمة من سيدها الحر فقد حرم عليه بيعها وهبتها ورهنها والمعاوضة على رقبتها أو على خدمتها وإسلامها في الجناية وعتقها في الواجب، وليس له منها إلا الاستمتاع بالوطء فما دون طول حياته وهي حرة من رأس ماله بعد وفاته. **(وولدها من غيره)** عبارة ابن الحاجب أبين قال: ولدها من غيره بعد الاستيلاء يعتق بموت السيد. قال ابن رشد: وهم بخلاف السيد في الاستخدام والاستئجار، له أن يستخدمهم ويؤاجرهم لكن لا يطأ الأمة لأنها كالربيبة. **(ولا يردها دين سبق)** الجلاب: من كان عليه دين محيط بماله فوطىء أمة له فحملت صارت أم ولد ولم تبع في دينه. **(كاشتراء زوجة حاملاً)** ابن رشد: اختلف قول مالك فيمن تزوج أمة ثم اشتراها وهي حامل، فمرة قال إنها تكون أم ولد لأنه عتق عليه وهو في بطنها وهو مذهب ابن القاسم وأكثر أصحاب مالك. **(لا بولد سبق)** من المدونة: إن اشترى زوجته وقد كانت ولدت منه قبل الشراء لم تكن به أم ولد إلا أن يشتريها حاملاً منه. **(أو ولدت من وطء بشبهة)** ابن الحاجب: لو نكح أمة أو وطئها بشبهة فولدت ثم اشتراها لم تكن له بذلك أم ولد. **(إلا أمة مكاتبه)** من المدونة: من وطىء أمة مكاتبه فأتت بولد لحق به وكانت به أم ولد ولا يحد إذ لا يجتمع النسب والحد وعليه قيمتها ولا قيمة عليه للولد. **(أو ولده)** من المدونة: من وطىء أمة ابنه الصغير والكبير درىء عنه الحد وقومت عليه يوم الوطء

وَلاَ يَدْفَعُهُ عَزْلٌ، أَوْ وَطْءٌ بِدُبُرٍ، أَوْ فَخِذَيْنِ، إِنْ أَنْزَلَ،

البائع ولدها ففي ذلك قولان، وانظر المسألة في ابن يونس. واقتصر في التوضيح على أنها تكون به أم ولد. قال: ومن تزوج أمة والده فمات فورثها وهي حامل، فإن كان حملاً ظاهراً أو لم يكن ظاهراً ووضعته لأقل من ستة أشهر لم تكن به أم ولد، لأنه عتق على حدة، وإن وضعته لستة أشهر فأكثر فهي به أم ولد. ص: **(ولا يدفعه عزل أو وطء بدبر أو فخذين إن أنزل)** ش: يعني أن الولد لا يندفع عنه بقوله: كنت أعزل إذا أقر أنه كان ينزل، ولا يندفع عنه بأنه كان يأتيها في دبرها إذا أقر بالإنزال، ولا يندفع بالوطء بين الفخذين إذ الأقرب الإنزال أيضاً. فقوله: «إن أنزل» قيد في المسائل الثلاث. قال في سماع عيسى بن معاوية من ابن القاسم من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد: قال ابن القاسم: من زعم أنه وطىء جاريته وأنه يعزل فأتت بولد فإنها أم ولده إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن القاسم: ومن زعم أنه لا يطأ جاريته ولا ينزل فأتت بولد فلا يلحقه ولا تكون أم ولد إلا إن زعم أنه كان يفضي وينزل ويعزل، فالعزل قد يخطىء ويصيب ولذلك ألزمه الولد. وإذا قال كنت أطأ ولا أنزل فإنه ليس هاهنا موضع خوف في أن يكون قد أفضى فيها بالعزل فلذلك لم يلزمه الولد. ابن رشد: هذا بين لأن الولد إنما يكون من الماء الدافق قال الله عز وجل: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق﴾ [الطارق: ٥] فإذا لم ينزل أصلاً علم أنه لم يكن ما يكون عنه الولد فوجب أن لا يلزمه. وإذا وطىء وأنزل فعزل الماء عن الموطوءة وأنزل خارجاً منها احتمل أن يكون لم يعزله بجملته وسبقه شيء كان عنه الولد، فوجب أن يلزمه لأنها صارت فراشاً له بوطئه إياها، فوجب أن يلحق به حتى يوقن أنه ليس منه، وقوله ﷺ في حديث العزل: «ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة»[1] إخبار أن الولد قد يكون مع العزل إذا شاء الله أن يكون وقال في آخر كتاب الاستبراء من المدونة: ومن قال كنت أطأ أمتي ولا أنزل فيها. فإن الولد

وكانت له أم ولد **(ولا يدفعه عزل)** من سماع عيسى من اللخمي: من أقر أنه وطىء جاريته فإن لم ينزل أصلاً لم يلزمه الولد، وإن أنزل وعزل الماء عن الموطوءة وأنزله خارجاً منها احتمل أن يكون يسبقه شيء فوجب أن يلزمه الولد **(أو وطىء بدبر أو بين فخذين إن أنزل)** اللخمي: إن قال وطئت ولم أنزل قبل قوله، وإن قال كنت أعزل ألحق به إلا أن يكون العزل البين فقد يكون الإنزال بحركة في الفرج خارجاً، وإن كان الوطء في الدبر أو بين الفخذين فيهما قولان. قيل: يلحق به الولد لأن الماء يصل إلى الفرج. وقيل: لا يلحق به الولد لأن الماء إذا باشره الهواء فسد. والأول أحسن. وجاز برضاها إجارتها. من المدونة: ليس في أم الولد لسيدها خدمة ولا غلة، وفي الجلاب: من آجر أم ولد فسخت إجارته. الباجي: وقال ابن القاسم: تبتذل أم الولد الدنية في الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه

(١) رواه البخاري في كتاب العتق باب ١٣. كتاب المغازي باب ٢٢. كتاب النكاح باب ٩٦. أبو داود في كتاب النكاح باب ٤٨ الموطأ في كتاب الطلاق حديث ٩٥. أحمد في مسنده (٣/٦٨).

وَجَازَ جَارَتِهَا بِرِضَاهَا، وَعِتْقٌ عَلَى مَالٍ، وَلَهُ قَلِيلُ خِدْمَةٍ وَكَثِيرُهَا فِي وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ، وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ مَاتَ فَلِوَارِثِهِ، وَالِاسْتِمْتَاعُ بِهَا وَٱنْتِزَاعُ مَالِهَا، مَا لَمْ يَمْرَضْ، وَكُرِهَ لَهُ تَزْوِيجُهَا، وَإِنْ

يلحقه ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل. فذهب بعض الناس إلى أن ذلك خلاف رواية موسى هذه في قوله فيها: إنه من قال كنت أطأ ولا أنزل أن الولد لا يلحقه، ومنهم من قال كنت أعزل وليس شيء من ذلك كله بصحيح لأن في قوله: «ولا أنزل» فيها دليل على أنه ينزل خارجاً عنها وهذا هو العزل بعينه، فعنه سأله وعليه أجابه، فلا خلاف في رواية موسى لما في المدونة وهي مفسرة لها انتهى. قال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في أول كتاب أمهات الأولاد: ومن أقر بوطء أمته ولم يدع الاستبراء لزمه ما أتت به من ولد لأقصى ما تلد النساء له إلا أن يدعي الاستبراء بحيضة. قال: قوله: «ومن أقر بوطء أمته» يريد الوطء التام. وأما إن قال: كنت لا أنزل كان القول قوله ويحلف، وإن قال: كنت أعزل لحق به انتهى. وقال في التوضيح بعد أن نقل الكلام على العزل: قال ابن القاسم: ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم ألزمه الولد انتهى. وأما مسألة الوطء في الدبر فلا بد من اشتراط الإنزال فيها لأنه إذا اشترط في القبل فأحرى هو. وأما مسألة الوطء بين الفخذين فنص عليهما في آخر كتاب الاستبراء من المدونة ونصه: إن قال البائع كنت أفخذ ولا أنزل وولدها ليس مني لم يلزمه. قال أبو الحسن: قال عياض: لأنه لو قدرنا هنا إنزالاً بين الفخذين فهو يسير ولا يصل ليسارته للفرج بخلاف لو أنزل هناك ماءه كله أو كثيراً منه فهذا يخشى أن يسري إلى الفرج. قال ابن المواز: كل وطء في موضع إن أنزل عنه وصل إلى الفرج لحق به الولد. قال الشيخ أبو الحسن: جعلها عياض على ثلاثة أوجه: إن كان وطؤه وإنزاله في الأعكان وغير ذلك من جسدها مما يتحقق أنه لا يصل إلى الفرج منه، فهذا لا يلحق به عندهم ولد انتهى. الثاني أن يكون بين الفخذين

الرفعة **(وعتق على مال)** من المدونة: ليس للرجل أن يكاتب أم ولد إنما يجوز أن يعتقها على مال يتعجله منها انتهى. وكنت سئلت عن نصرانية ولدت من سيدها، هل يجوز فداؤها فقست ذلك على هذه المسألة، وأن الفداء ليس ببيع. وانظر لو أراد أن يعجل عتقها على شرط إسقاط حضانتها فقال الباجي. **(وله قليل خدمة فيها)** تقدم قول ابن القاسم في الحوائج الخفيفة. **(وكثيرها في ولدها من غيرها)** الباجي: لا خلاف أن له استخدام ولد أم الولد **(وأرش جناية عليها وإن مات فلوارثه)** انظر هذا من المدونة: أرش ما جنى على أم الولد لسيدها. محمد: ولو مات السيد قبل قبض الأرش. قال ابن القاسم: أول قول مالك أنه لورثته وأنا أستحسن ما رجع إليه وهو أن يكون لها. **(والاستمتاع بها)** من المدونة: إنما له في أم ولده الاستمتاع. **(وانتزاع مـالها ما لم يمرض)** الجلاب: إذا أعتقت أم الولد بعد وفاة سيدها تبعها مالها، ولا بأس أن يوصي الرجل لأم ولده، وللرجل أن ينتزع مال أم ولده في حياته ما لم يمرض مرضاً مخوفاً **(وكره له تزويجها وإن برضاها)** الجلاب: ليس للرجل أن يجبر أم

بِرِضَاهَا، وَمُصِيبَتُهَا إِنْ بِيعَتْ مِنْ بَائِعِهَا، وَرُدَّ عِتْقُهَا، وَفُدِيَتْ، إِنْ جَنَتْ بِأَقَلِّ الْقِيمَةِ يَوْمَ الْحُكْمِ وَالأَرْشِ، وَإِنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ: وَلَدَتْ مِنِّي، وَلاَ وَلَدَ لَهَا: صُدِّقَ إِنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ،

وقد تقدم. الثالث أن يكون بين الشفرين فهذا لم يختلف فيه في لحوق الولد منه، وكذلك اختلف في إلحاقه من الوطء في الدبر انتهى. ثم قال في مسألة العزل: وقد نزل هذا على عهد رسول الله ﷺ فقال الرجل: كنت أعزل. فقال له رسول الله ﷺ إن الوكاء ينفلت وألحق به الولد. قال عياض: الوكاء بكسر الواو ممدود استعارة وتشبيه بخروج الماء في الفرج قبل العزل. والوكاء الخيط الذي يشد به فم القربة انتهى. ص: **(ومصيبتها إن بيعت من بائعها ورد عتقها)** ش: قال في التوضيح: وإذا صح رد العتق فأحرى الكتابة والتدبير، وكذلك لا يفيتها إيلاد المشتري، وإن كان عالماً أنها أم ولد للبائع غرم قيمة الولد، واختلف إذا غره وكتمه أنها أم ولد فقال ابن الماجشون: عليه قيمة الولد. وقال مطرف: لا شيء عليه لأنه أباحه إياها. اللخمي: وهو أحسن انتهى. وفي الشامل: فإن ولدها المبتاع لحقه الولد ولا قيمة فيه بخلاف ما لو بيعت بغير رضا البائع. وهل يقوم عبداً أو على الترقب؟ قولان. ولو زوجها المبتاع لعبده ردت مع ولدها على الأصح انتهى.

فرع: قال في التوضيح: إذا فسخ البيع فظاهر المذهب لا شيء على البائع بما أنفقه المشتري ولا من قيمة خدمته. وقال سحنون: يرجع عليه بالنفقة يريد ورجع هو بالخدمة. قاله اللخمي. وإذا نقض البيع تحفظ من البائع لئلا يعود ولا يمكن من السفر بها، وإن خيف عليها ولم يمكن من التحفظ منه أعتقت عليه انتهى.

فرع: وإن غاب المشتري ولم يعلم مكانه تصدق بالثمن. قاله في التوضيح.

فرع: قال في التوضيح: وهذا إذا باعها لا يشترط الحرية والعتق، فإن باعها على أنها حرة فقال أصبغ: لا ترد وولاؤها لسيدها ويسوغ له الثمن كما لو أخذ مالاً على أن يعتقها، ولو باعها على أن يعتقها المبتاع على أنها حرة ساعتئذ فهذه ترد ما لم تفت بالعتق فيمضي عتقها، والولاء للبائع ويسوغ له الثمن لأن المبتاع علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق فكأنه فكاكه، ولو لم يعلم أنها أم ولد لرجع بالثمن. ص: **(بأقل القيمة يوم الحكم والأرش)** ش: أي

ولده على النكاح وقد كره له أن يزوجها برضاها. **(ومصيبتها إن بيعت من بائعها ورد عتقها)** الجلاب: من باع أم ولد فسخ بيعه ورد الثمن على المبتاع ولو أعتقها مبتاعها رد عتقه، فإن ماتت عند مبتاعها لم يضمن ثمنها ولا قيمتها. **(وفديت إن جنت بأقل القيمة يوم الحكم والأرش)** من المدونة قال مالك: من أحسن ما سمعت في جناية أم الولد أن يلزم السيد الأقل من أرش جنايتها أو قيمتها أمة يوم الحكم وتقوم بغير مالها. **(وإن قال في مرضه ولدت مني ولا ولد لها صدق إن ورثه ولد)** من المدونة: من قال في مرضه كانت هذه ولدت مني، فإن لم يرثه ولد لم يصدق، وإن ورثه ولد

وَإِنْ أَقَرَّ مَرِيضٌ بِإِيلادٍ أَوْ بِعِتْقٍ فِي صِحَّتِهِ: لَمْ تُعْتَقْ مِنْ ثُلُثٍ، وَلاَ مِنْ رَأْسِ مَالٍ، وَإِنْ وَطِىءَ شَرِيكٌ فَحَمَلَتْ: غَرِمَ نَصِيبَ الآخَرِ، فَإِنْ أَعْسَرَ، خُيِّرَ فِي اتِّبَاعِهِ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ الْوَطْءِ، أَوْ بَيْعِهَا لِذَلِكَ وَتَبِعَهُ بِمَا بَقِيَ، وَبِنِصْفِ قِيمَةِ الْوَلَدِ، وَإِنْ وَطِئَاهَا بِطُهْرٍ فَالْقَافَةُ، وَلَوْ كَانَ ذِمِّيًّا، أَوْ عَبْداً، فَإِن أَشْرَكَتْهُمَا، فَمُسْلِمٌ، وَوَالِي، إِذَا بَلَغَ أَحَدُهُمَا

قيمتها على أنها أمة. قاله في المدونة في كتاب الجنايات ونصه: قال مالك: أحسن ما سمعت في جناية أم الولد أن يلزم السيد الأقل من أرش جنايتها أو من قيمتها أمة يوم الحكم، زادت قيمتها أو نقصت، وذلك عوض من إسلامها لما لم يكن سبيل إلى رقها. وكذلك ما استهلكت وأفسدت بيدها أو دابتها أو بحفر حفره حيث لا ينبغي لها أو اغتصبت أو اختلست، لأن هذه كلها جنايات وعلى السيد فيها الأقل كما ذكرنا انتهى. وقاله في التوضيح. ص: **(وإن وطئها بطهر فالقافة)** ش: هذا إذا وطىء الأمة بملك اليمين، فإن كان بملك اليمين وبالنكاح فلا يخلو إما أن يكون النكاح سابقاً أو ملك اليمين سابقاً وإن كان ملك اليمين سابقاً كما إذا وطىء أمته ثم زوجها قبل أن يدعي الاستبراء، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الزوج فإن الولد لا يلحق به ويلحق بالسيد إلا أن يدعي الاستبراء أي وينفي الولد، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر فاختلف في ذلك، فقيل تدعي له القافة. قال اللخمي: وهو قول مالك ورُوي عن ابن القاسم. وقال مالك: هو للزوج. وقال محمد بن مسلمة: هو للأول، لأن وطأه صحيح

صدق. **(وإن أقر مريض بإيلاد أو عتق في صحته لم يعتق من ثلث ولا رأس مال)** ابن زرقون: من أقر في مرضه أنه كان فعل شيئاً في صحته مثل عتق أو إيلاد، سادس الأقوال قول المدونة لا ينفذ من ثلث ولا رأس مال. ابن رشد: من قال في مرضه كنت أعتقت عبدي هذا في صحتي ومات من مرضه، ففيه ثلاثة أقوال، القول الثاني إن ورثه ولد عتق من رأس ماله وإن ورثه كلالة لم يعتق إلا من الثلث، وهذا فيمن أقر في مرضه بأن أمته ولدت منه، ولا فرق بين المسألتين وتعقب ابن عرفة هذا التخريج. **(وإن وطىء شريك فحملت غرم لصيب الآخر فإن أعسر خير في اتباعه بالقيمة يوم الوطء أو بيعها لذلك وتبعه بما بقي وبقيمة نصف الولد)** من المدونة: إن وطىء أحد الشريكين أمة بينهما فلم تحمل خير شريكه في تماسكه بحظه واتباع الواطىء بنصف قيمتها يوم وطئها لأنه كان ضامناً لها لو ماتت بعد وطئه، ولا حد على الواطىء ولا عقد عليه ويؤدب إن لم يعذر بجهل مهر الموطوءة بشبهة. ابن شاس: إذا وطىء الأمة أحد الشريكين فحملت، فإن كان موسراً غرم نصف قيمتها يوم الحمل، وإن كان معسراً قومت عليه واتبعه بنصف قيمتها إن شاء الشريك أو بيع ذلك النصف المقوم فيما يجب عليه من القيمة ويتبعه بنصف قيمة الولد. **(وإن وطئاها بطهر فالقافة ولو كان ذمياً أو عبداً فإن أشركتهما فمسلم ووالي إذا بلغ أحدهما)** من المدونة: إن كان أمة بين رجلين حرين أو عبدين أو أحدهما عبد أو ذمي والآخر مسلم فوطئاها في طهر واحد فأتت بولد فادعياه، دعي لهما القافة فمن ألحقته به نسب إليه. ابن يونس: يريد أتت بولد لدون ستة أشهر فأكثر من يوم

كَأَنْ لَمْ تُوجَدْ، وَوَرِثَاهُ، إِنْ مَاتَ أَوَّلاً، وَحَرُمَتْ عَلَى مُرْتَدٍّ. أُمُّ وَلَدِهِ حَتَّى يُسْلِمَ، وَوَقِفَتْ كَمُدَبَّرِهِ، إِنْ فَرَّ لِدَارِ الْحَرْبِ،

والثاني فاسد. وقال الرجراجي: إن الأول هو المشهور. وأما إن تقدم الوطء بالنكاح على الوطء بالملك فالولد للزوج ولا ينفيه إلا بلعان. قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة. قال اللخمي: وكذلك لو تقدم الوطء بالملك وكان النكاح بعد الاستبراء فالولد للزوج. انظره.

فرع: قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال مالك في رجل زوج أمته عبده أو أجنبياً ثم وطئها السيد فأتت بولد، فالولد للزوج إلا أن يكون الزوج معزولاً عنها مدة في مثلها براءة للرحم فإنه يلحق بالسيد لأنها أمته ولا يحد. وكذلك الجواب إن أتت بولد لستة أشهر من يوم زوجها فأكثر فأدعاه السيد أو أتت به لأقل من ستة أشهر وقد دخل بها زوجها، فسد نكاحه ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن يونس: قوله معزولاً عنها في مدة في مثلها براءة للرحم. قال أصبغ: وذلك حيضة أو قدرها. قال ابن المواز: ولقد نزلت فأفتى فيها وأنا حاضر: إن كان زوجها معزولاً عنها قدر الشهر ونحوه فإنه يلحق بالسيد ولا يحد، ويؤدب إن لم يعذر بجهل وترد المرأة إلى زوجها إذا وضعت فإذا مات سيدها عتقت انتهى. ص: (**فإن أشركتهما فمسلم ووالي إذا بلغ أحدهما كأن لم توجد وورثاه إن مات أولاً**) ش: قوله: «فمسلم» أي يحكم للولد بحكم الإسلام حتى يبلغ فيوالي أيهما شاء فأي من والاه. لحق به ولكنه لا يكون إلا مسلماً. انظر اللخمي والمدونة وأبا الحسن الصغير. وتقدم في باب الاستلحاق عن البرزلي في مسائل النكاح أنه إذا فرض عدم القافة فإنه إذا كبر الولد والى أيهما شاء، فمن والاه لحق به ولا يكون إلا مسلماً بمنزلة ما إذا أشكل الأمر، فإن مات قبل ذلك ورثاه، وإن ماتا ورثهما معاً اهـ. وهو معنى قول المصنف كأن لم توجد وورثاه إن مات أولاً والله أعلم. وقال ابن عرفة الصقلي: إن لم توجد القافة بعد الاجتهاد في طلبها ترك الولد إلى بلوغه يوالي من شاء كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس هو لأحد منهما. وقال بعض علمائنا: وهو أولى من قول من قال يبقى موقوفاً حتى توجد القافة. سحنون: إن قالت القافة

وطء الثاني ومن المدونة: إن أشركتهما إلى إذا كبر أيهما شاء. ابن شاس: ثم لا يكون إلا مسلماً وكذلك في وطء البائع والمشتري في طهر واحد. (**كأن لم توجد**) ابن يونس: إن لم توجد القافة ترك الولد إلى بلوغه فيوالي من شاء كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس هو لواحد منهما. وقاله بعض علمائنا وهو أولى ثم ذكر القول الآخر. (**وورثاه إن مات أولاً**) ابن شاس: إن مات قبل الموالاة فهو ابن لهما ثم حكى القول الآخر. (**وحرمت على مرتد أم ولده حتى يسلم ووقفت كمدبره إن فر لدار الحرب**) قول ابن القاسم: إن من ارتد ولحق بأرض الحرب فتنصر بها وقف ماله وأم ولده ومدبره وتحرم على المرتد أم ولده في ردته حتى يسلم، فإن أسلم رجعت إليه أم لده وعاد إليه ماله. وقال ابن

وَلاَ تَجُوزُ كِتَابَتُهَا وَعَتَقَتْ: إِنْ أَدَّتْ.

فصل في الولاء

الْوَلاَءُ لِمُعْتِقٍ، وَإِنْ بِبَيْعٍ مِنْ نَفْسِهِ، أَوْ عِتْقِ غَيْرٍ عَنْهُ؛ بِلاَ إِذْنٍ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهُ، بِعِتْقِهِ حَتَّى

ليس لواحد منهما دعي له آخرون ثم آخرون، وكذا أبداً لأن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفي. انتهى. ص: **(ولا تجوز كتابتها وعتقت إن أدت) ش:** يعني أنه لا يجوز لسيد أم الولد أن يكاتبها. قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: وليس للرجل أن يكاتب أم ولده وإنما يجوز له أن يعتقها على مال يتعجله منها، فإن كاتبها فسخت الكتابة إلا أن تفوت بالأداء فيعتق ولا ترجع فيما أدت إذا كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض انتهى. فظاهر المدونة أنه لا تجوز كتابتها مطلقاً. برضاها أو بغير رضاها. قال أبو الحسن الصغير: وعليه حملها عبد الحق فقال: إن قيل لم لا تجوز كتابة أم الولد برضاها وهي طائعة بمال إن أدت في حياة سيدها عتقت، وإن لم تؤد كانت على حالها أم ولد تعتق بالموت؟ قال: لأنها معاوضة بينها وبين سيدها فيها غرر انتهى. وحملها اللخمي على أن المنع إذا لم يكن برضاها، وأما برضاها فيجوز وعلى ذلك مشى صاحب اللباب وجعله كأنه المذهب. وانظر كلام اللخمي في تبصرته وقال في التوضيح: ومنع في المدونة كتابتها لكن ذلك محمول عند الأشياخ على ما إذا لم ترض، أما لو رضيت فيجوز كالإجارة انتهى.

باب

ص: **(الولاء لمعتق) ش:** الولاء بفتح الواو وممدود من الولاية بالفتح بمعنى القرب. وأصله من الولي. وأما من الولاية والتقديم فبكسر الواو، وقيل بالوجهين فيهما ص: **(إن لم يعلم السيد بعتقه حتى عتق) ش:** يعني أن العبد إذا أعتق في حال رقه ولم يعلم بذلك سيده حتى

عرفة: رجوع أمهاته إليه بإسلامه ولزوم عتقهن عليه قولا ابن القاسم وأشهب، وقد تقدم قول المدونة إن أسلم في عدة زوجة فلا رجعة. **(ولا تجوز كتابتها وعتقت إن أدت)** من المدونة: إن كانت أم ولده فسخت كتابتها إلا أن تفوت بالوطء فتعتق ولا ترجع فيما أدت.

فصل

(الولاء لمعتق وإن ببيع من نفسه) ابن عرفة: الولاء لمن ثبت العتق عنه ولو بعوض. وانظر قبل هذا عند قوله «وإن قال لنفسي فحر وولاؤه لبائعه». **(أو أعتق غير عنه بلا إذن)** أبو عمر: من أعتق عن غيره بإذنه أو بغير إذنه، فمشهور مذهب مالك أن الولاء للمعتق. **(أو لم يعلم سيده بعتقه حتى عتق)** من المدونة: لو لم يعلم السيد بأن عبده أعتق عبداً حتى عتق فالولاء للعبد. **(إلا**

عَتَقَ، إِلاَّ كَافِراً أَعْتَقَ مُسْلِماً؛ وَرَقِيقاً إِنْ كَانَ يُنْتَزَعُ مَالُهُ؛

عتق العبد فإن الولاء للعبد، يريد إذا لم يستثن السيد ماله حين العتق لأن عتق العبد حين رقه موقوف والعبد المعتوق من جملة ماله فإذا لم يستثن السيد ماله تبعه ولزم العتق الذي فعله في حال رقه، فإن استثنى السيد ماله فالعبد من جملة المال وهو رق للسيد. وكذلك لو علم السيد بعتقه قبل أن يعتقه فرده بطل عتقه وصار العبد رقيقاً، فإن استثنى السيد ماله فهو له، وإن لم يستثن ماله كان رقيقاً للعبد ولا يلزمه عتقه في حال الرق إذا أبطله السيد، وإن علم السيد بالعتق وأجازه مضى وكان الولاء للسيد: فإن علم فلم يرد ولم يمض حتى عتق العبد فقال ابن المواز: مضى ذلك وكان الولاء للعبد. ابن المواز: لأن العبد عند مالك أفعاله على الجواز حتى يردها السيد فلا يبطلها إلا رده إفصاحاً، وليس سكوته في ذلك إذناً ولا رداً فحين أعتقه تبعه ماله فجاز عتقه وكان الولاء له انتهى. وقال في الشامل: ولو علم به فلم يرد حتى أعتقه فالولاء له وقيل للسيد انتهى. ونقل القولين في التوضيح. وعزا الأول لابن المواز، والثاني لابن الماجشون انتهى.

فرع: قال في أول كتاب الولاء من المدونة: فإن أعتقت عبدك عن عبد رجل فالولاء للرجل ولا يجره عبده إن أعتق كعبد أعتق عبده بإذن سيده ثم أعتقه سيده بعد ذلك أنه لا يجر الولاء. وقال أشهب: يرجع إليه الولاء لأنه يوم عقد عتقه لا إذن للسيد فيه ولا يرد. ابن يونس: وهو أحسن انتهى. ص: **(إلا كافراً أعتق مسلماً)** ش: أي فإنه لا ولاء عليه ولو أسلم السيد بعد ذلك. واحترز بقوله: «أعتق مسلماً» مما لو أعتق كافراً فإن الولاء له عليه، فإن أسلم العبد المعتق لم يرثه سيده وكان الولاء لعصبة سيده من المسلمين إن كان له عصبة وإلا فلبيت المال، فإن أسلم سيده بعد ذلك عاد الولاء له. وقال في المدونة وغيرها وهو معنى قول المصنف: «وإن أسلم العبد عاد الولاء بإسلام السيد» أي وإن أسلم العبد الكافر الذي أعتقه الكافر في حال كفره فإن سيده لا يرثه لأن الكافر لا يرث المسلم فإن أسلم السيد عاد إليه الولاء. ص: **(ورقيقاً إن كان ينتزع ماله)** ش: يعني أن الرقيق إذا أعتق لا يكون عتقه سبباً للولاء إذا كان الرقيق ممن ينتزع ماله كالقن والمدبر وأم الولد إذا لم يمرض السيد والمعتق إلى أجل إذا لم يقرب الأجل، ويريد إذا كان العتق بإذن السيد أو علم به وأجازه، وأما إذا لم يعلم بذلك حتى عتق العبد المعتق أو علم ولم يرد لم يمض حتى عتق العبد المعتق فإن الولاء له كما تقدم، واحترز بذلك من المكاتب والمعتق بعضه وأم الولد والمدبر إذا أعتقوا في مرض السيد والمعتق إلى أجل إذا أعتق قرب الأجل، فإن هؤلاء إذا أعتقوا بإذن السيد وعلم السيد بذلك وأجازه ثم أعتقوا فإن الولاء لهم، فإن لم يعلم بذلك حتى أعتقوا أو علم ولم يرد ولم يمض

كافراً أعتق مسلماً) من المدونة: إن أعتق كافر مسلماً فولاؤه للمسلمين ولا يرجع لسيده إن أسلم ولا يجره لمسلم غيره. **(ورقيقاً إن كان ينتزع ماله)** ابن الحاجب: إعتاق العبد في حال يجوز انتزاع ماله

وَعَنِ الْمُسْلِمِينَ الْوَلَاءُ لَهُمْ: كَسَائِبَةٍ وَكُرِهَ، وَإِنْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ: عَادَ الْوَلَاءُ بِإِسْلَامِ السَّيِّدِ، وَجَرَّ وَلَدَ

فالولاء لهم من باب أولى. ابن يونس: قال ابن المواز: أصل مالك وابن القاسم أن كل من للرجل انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذنه له، وأما من ليس له انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذن السيد راجع إليه إن عتق انتهى. وحكى في أم الولد والمدبرة يعتقان في مرض السيد ثلاثة أقوال: الأول لأصبغ الولاء لهما وإن صح السيد لأنهما أعتقا في وقت ليس للسيد انتزاع مالهما فيه. والثاني الولاء للسيد وإن مات من مرضه ذلك واختاره ابن عبد الحكم قال: وكذلك المعتق بعضه. ابن المواز: وقاله أشهب في المعتق بعضه. فقيل له: ألا تراه كالمكاتب لأنه ممن لا ينتزع ماله؟ فقال له: للمكاتب سنة وللعبد سنة. قال ابن المواز: فلم تبق له حجة أكثر من هذا. قال ابن القاسم: ولاء من أعتقه المعتق بعضه للعبد وهو الصواب، وما رُوي عن ابن القاسم غير هذا فغلط وإنما هو عن أشهب انتهى. والقول الثالث في المدبر وأم الولد إذا عتقا في مرض السيد لابن المواز أنه يوقف، فإن مات السيد كان الولاء لهما وإن صح فله انتهى.

ص: **(وعن المسلمين الولاء لهم)** ش: مسألة: قال الفاكهاني في شرح العمدة في كتاب الشروط في البيوع: لو قال أنت حر ولا ولاء لي عليك فقال ابن القصار: الولاء للمسلمين ونزل منزلة قوله أنت حر عن المسلمين. قال الإمام: وكان بعض شيوخنا يخالفه في هذا ويرى أن بقوله: «أنت حر» استقر الولاء له واستئنافه بعد ذلك جملة ثانية في قوله: «لا ولاء لي عليك» لا يغير حكم الجملة الأولى لأنه إخبار عن حكم الجملة الأولى المستقرة بالشرع على خلاف ما حكم الله به فيكون إخباره كذباً وفتواه باطلة، والكذب والباطل لا يلتفت إليه ولا يعول في مثل هذه الأحكام عليه انتهى. ص: **(وجر ولد المعتق)** ش: يعني أن من أعتق عبداً فإن ذلك العتق يجر ولاء ولد ذلك العبد المعتوق وللمعتق ـ بكسر التاء ـ وسواء كانت أمهم حرة أو معتقة. قال في كتاب الولاء من المدونة: وكل حرة من العرب أو معتقة تزوجها حر

ولو بإذن سيده ليس بسبب أبداً بخلاف ما لم يعلم السيد به حتى عتق. **(وعن المسلمين الولاء لهم)** ابن رشد: إذا قال لعبده أنت حر عن المسلمين وولاؤك لي لم يختلف المذهب أن ذلك جائز والولاء للمسلمين **(كسائبة وكره)** من المدونة: من أعتق سائبة لله تعالى فولاؤها للمسلمين، ومعنى السائبة كأنه أعتقه عن المسلمين. اللخمي: وكره هذا مالك وابن القاسم. **(وإن أسلم العبد عاد الولاء بإسلام السيد)** من المدونة: إن أعتق نصراني عبده النصراني ثم أسلم بعد عتقه ومات عن مال، فميراثه لعصبة سيده النصراني المسلمين لأن الولاء كان لسيده حين كان نصرانياً، فإن أسلم السيد رجع إليه ولاؤه. قال سحنون: معنى رجوع الولاء في هذا الباب إنما هو الميراث والولاء قائم لا ينتقل عنه. ابن يونس: صواب لأن الولاء كالنسب فكما لا تزول عنه الأبوة إن أسلم ولده فكذا الولاء. **(وجر ولد المعتق)** ابن الحاجب: يسترسل على أولاد من أعتق مطلقاً. ابن عرفة: الأب المعتق يجر ولاء ولده لمعتقه ولو سفل. وفي الموطأ: اشترى الزبير عبداً فأعتقه وللعبد بنون من امرأة حرة. فقال الزبير: هم موالينا. وقال

الْمُعْتِقِ، كَأَوْلاَدِ الْمُعْتِقَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ، إِلاَّ لِرِقٍ، أَوْ عِتْقٍ لآخَرَ، وَمُعْتَقَهُمَا،

عليه ولاء فإنه يجر ولاء ولده منها إلى مواليه، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات. انتهى من ترجمة العبد يشتري من مال الزكاة. وذكر ابن يونس عن الموازية أنه لا يرثه وأن ميراثه لبيت المال إن كانت الأم عربية، ولمواليها إن كانت معتقة. ثم قال في الموازية: وإذا تزوجت الحرة عبداً فولدت منه أولاداً كان الأولاد لموالي الأم ما دام الأب عبداً، فإن عتق جر ولاءهم لمعتقه وهو كولد الملاعنة ينسب إلى موالي أمه فهم يرثونه ويعقلون عنه، ثم إن اعترف به أبوه حد ولحق به وصار ولاؤه إلى موالي أبيه وعقله عليهم. وكذلك لو كان لولد العبد من الحرة جد أو جد جد حر قد عتق قبل الأب لجر ولاءهم إلى معتقه انتهى. قال أبو الحسن: فإذا أعتق العبد رجع الولاء إلى مواليه من موالي معتق الجد انتهى. وهذا معنى قول المصنف فيما سيأتي. وإن عتق الأب أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والأم. وقوله في المدونة «وكان الولاء لموالي الأم» هذا إذا كانت الأم معتوقة، فإن كانت حرة كان ميراثه لبيت المال حتى يعتق الأب، فإن مات مملوكاً كان ميراث الولد لبيت المال كما يفهم من المدونة إذ لا ولاء عليه. وانظر شرح الحوفي للقعباني.

تنبيه: ظاهر كلام المدونة أن أولياء معتق الأب والجد يجرون الولاء من أولياء الأم ولو كان أولياؤهما نسوة، وهو كذلك كما نص عليه في النوادر في ترجمة جر الولاء. **ص: (ولم يكن لهم نسب من حر)** ش: بأن يكون أبوهم عبداً أو يكونوا من زنا أو من أب لا عن أو

موالي أمهم موالينا. فقضى عثمان بهم للزبير. **(كأولاد المعتقة إن لم يكن لهم نسب من حر)** ابن الشاط: موالي النعمة هو سبب العتق المستحق له انتساب الموروث، وضروبه ثلاثة فذكر الضربين ثم قال: الضرب الثالث هو سبب العتق المستحق له انتساب أم الموروث أو عتق أحد من له عليها ولادة من ذكر أو أنثى أو مولى نعمة السبب. ثم قال: وإنما يثبت الولاء لهذا الضرب في أحوال ثلاثة: أحداها أن يكون الموروث ابن زنا. الثاني أن يكون ملاعناً. الثالث أن يكون أبوه رقيقاً أو كافراً. أما الحالة الأولى فيتعذر جر الولاء فيها لتعذر من يجره. وأما الثانية فيجر فيها الأب ولاء ابنه الملاعن فيه إلى مواليه عن موالي الأم إذا كذب نفسه واستلحق الابن. وأما الثالثة فيجر فيها أيضاً الأب إلى مواليه عن موالي الأم إذا أعتق أو أسلم، ويجر الجد أيضاً الولاء فيها إلى مواليه عن موالي الأم ما دام الأب رقيقاً أو كافراً، ثم إذا أعتق الأب أو أسلم جره إلى مواليه عن مواليه إلى موالي الجد اهـ. وقد تقدم إذا أعتق كافر مسلماً فولاؤه للمسلمين ولا يرجع للسيد إن أسلم إلا لرق. **(أو عتق لآخر)** ابن شاس: يسترسل الولاء على أولاد المعتق فيمن لم يمسه منهم رق، فأما من مسه الرق فلا ولاء عليه إلا لمعتقه أو لمعتق معتقه لأن المباشرة أقوى. **(ومعتقها)** ابن الشاط: مولى النعمة هو سبب العتق وضروبه ثلاثة: سبب عتق الموروث أو مولى نعمة سبب فأعلى وسبب عتق أبي الموروث. ثم قال: أو مولى نعمة السبب ما انتهى. وتقدم قول ابن الحاجب مطلقاً. وقول ابن عرفة: «ولو سفل» انظره عند قوله «وجر

وَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ، أَوِ آسْتَلْحَقَ: رَجَعَ الْوَلاَءُ لِمُعْتِقِهِ مِنْ معتِقِ الجَدِّ وَالأُمِّ وَالقَوْلُ لِمُعْتِقِ الأَبِ، لاَ لِمُعْتِقِهَا، إِلاَّ أَنْ تَضَعَ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عِتْقِهَا وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ بِالْوَلاَءِ، أَوِ اثْنَانِ بِأَنَّهُمَا لَمْ يَزَالاَ يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلاَهُ أَوِ ابْنُ عَمِّهِ: لَمْ يَثْبُتْ، لَكِنَّهُ يَحْلِفُ، وَيَأْخُذُ المَالَ بَعْدَ الاسْتِينَاءِ،

يكون الأب حربياً بدار الحرب. ص: (**وإن أعتق العبد أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والأم**) ش: قال ابن الحاجب: ومعتق الأب أولى من معتق الأم والجد. قال في التوضيح: الأولوية بمعنى التقديم وفي الموطأ أن الزبير اشترى عبداً فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة، فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أمهم هم موالينا، فاختصموا إلى عثمان فقضى للزبير بولايتهم. وكان ينبغي للمصنف أن يبين أن معتق الجد أولى من معتق الأم إلا أن يقال: إنه اكتفى عن ذلك بقوله أولاً «وليس لهم نسب من حر»، وعلى هذه القاعدة تتفرع هذه المسألة التي ذكرها المصنف، وكذلك فعل ابن الحاجب. فإذا كانت الأم معتقة وكان الأب والجد رقيقين فالولاء لمعتق الأم لأنه يصدق عليه أنه ليس له نسب من حر، فإن عتق الجد رجع الولاء لمعتقه، فإن عتق الأب رجع الولاء إلى مواليه، وكذلك إذا كان الأب معتوقاً ولا عن الأم وهي معتوقة فإن نسبه قد انقطع باللعان فيكون الولاء لمعتق الأم، فإن استلحق الولد عاد الولاء لمعتق الأب والله أعلم. ص: (**لم يثبت**) ش: أي لم يثبت النسب ولا الولاء بشهادة الواحد ولا شهادة السماع. أما عدم ثبوت ذلك بشهادة الواحد فهو المذهب، وأما عدم ثبوت ذلك بشهادة السماع فقال في التوضيح: هو مذهب المدونة وبه أخذ أصبغ. ابن المواز: ولا يعجبني، وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى له بالسماع والولاء والنسب. ثم قال في التوضيح: فإن قيل: ما ذكره المصنف معارض لما قاله في الشهادة والمشهور جريها في النكاح والولاء والنسب لأن قوله جريها يقتضي أن الولاء يثبت به وتشبيهه هنا بالشاهدين يدل

ولد المعتق». (**وإن أعتق الأب أو استلحق رجع الولاء لمعتقه من معتق الجد والأم**) تقدم قول ابن الشاط في الحالة الثانية والحالة الثالثة قبل قوله: «إلا لرق أو عتق لآخر». ومن المدونة: لو كان لولد الحرة من العبد جد أو جد جد عتق قبل الأب وجر ولاءهم لمعتقه (**والقول لمعتق الأب لا لمعتقها إلا أن تضع لدون الستة من عتقها**) ابن الحاجب: لو اختلف معتق الأب ومعتق الأم في الحمل ولا بينة، فالقول قول معتق الأب إلا أن تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم عتقها. انظر ابن شاس. ومن المدونة: إن عتقت أمة تحت حر وولدت منه ولداً قالت عتقت وأنا به حامل وقال الزوج بل حملت به بعد العتق. فولاؤه لموالي فالقول قوله. (**وإن شهد واحد بالولاء أو اثنان إنهما لم يزالا يسمعان إنه مولاه أو ابن عمه لم يثبت لكنه يحلف ويأخذ المال بعد الاستيناء**) تقدم قوله: واستؤنى بالمال إن شهد بالولاء شاهد أو اثنان أنهما لم يزالا يسمعان أنه مولاه أو وارثه وحلف. ونقل ابن يونس أن الولاء والنسب كالحدود ولا يجوز في ذلك شاهد ويمين ولا يجر بذلك الولاء، ولا تجوز فيه شهادة النساء

وَقُدِّمَ عَاصِبُ النَّسَبِ، ثُمَّ الْمُعْتِقُ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ:

على أنه لا يثبت بها. ألا ترى أنه قد نص على أنه لا يثبت بالشاهد إلا أن يقال لا يلزم من الجري الثبوت بل يصدق بأخذ المال، أو يكون ما قدمه يعني هنا ليس هو المشهور لقول ابن المواز: «أكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى بالسماع والولاء والنسب» أو يقيد قوله: «جريها في النكاح والولاء والنسب» بما إذا مات في غير بلده كما أشار إليه بعض القرويين، أو يقال معنى ما في الشهادات إذا كان السماع فاشياً وليس هنا كذلك انتهى، وقال ابن رشد في نوازله في مسائل الدعوى: وأما شهادة السماع الفاشي بالنسب إذا لم يكن مشتهراً عند الشاهد اشتهاراً يوجب له العلم فلا يثبت به النسب مع حياة الأب وإنكاره على حال، وإنما يختلف في ذلك بعد الموت على ثلاثة أقوال: أحدها أن يكون له المال ولم يثبت له النسب وهو مذهب ابن القاسم، والثاني يثبت له النسب والمال، والثالث لا يثبتان انتهى. ص: **(وقدم عاصب النسب) ش:.**

فرع: قال في المدونة: وللمرأة الحرة ولاء من أعتقت وعقل ما جره مواليها على قومها ومواريثهم لها، فإن مات فهو لولدها الذكور، فإن لم يكن لها ولد ذكور فذاك لذكور ولد ولدها الذكور دون الإناث وينتمي مولاها إلى قومها كما كانت هي تنتمي، فإذا انقرض ولد ولدها رجع ميراث مواليها لعصبتها الذين هم أعقل بها يوم يموت الموالي دون عصبة الولد، وقاله عدة من الصحابة والتابعين انتهى. وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأصح الروايتين عن أحمد، وقد أطال الماورديني في شرح كشف الغوامض في ذلك، وذكر أبو داود في سننه في آخر باب الفرائض عن الصحابة. وقال ابن بكير: لا شيء لولدها من مواليها. نقله العقباني في شرح الحوفي ونقله ابن عرفة في مختصره للحوفي. ص: **(ثم عصبة) ش:.**

فرع: قال في المدونة: ولا يرث الأخ للأم من الولاء شيئاً، فإن لم يترك الميت غيره فالعصبة أولى إلا أن يكون من العصبة فيرث معهم. قال ابن يونس: مثل أن يترك الهالك ابني عم وموالي وأحدهما أخ لأم، فيكون الولاء بينهما نصفين ببنوة العم وتسقط الولادة للأم. ابن المواز قال أشهب: بل يكون الأخ للأم أولى بالولاء لأنه أقعد بالرحم كما لو ترك الهالك أخاً شقيقاً وأخاً لأب فإن الميراث للأخ الشقيق، وكما لو ترك ابن عم شقيق وابن عم لأب لكان الشقيق أولى بالولاء والميراث. ابن يونس: وهذا أقيس انتهى. قال ابن عرفة: ودرجات التعصيب

على علم أو سماع وتجوز الشهادة على الشهادة في الولاء. **(وقدم عاصب النسب ثم المعتق)** ابن رشد: ولاية العتق إنما توجب الميراث عند انقطاع النسب. ولما ذكر الشيرازي في أرجوزته ترتيب العطبة بدأ بالأب وختم بابن أخي الجد ثم قال في مولى النعمة ما نصه: وحجبه من جملة الإرث يجب. بابن أخي الجد ومن به حجب **(ثم عصبته كالصلاة)** ابن رشد: إن لم يكن مولاه الذي أعتقه

كَالصَّلَاةِ، ثُمَّ مُعْتِقُ مُعْتِقِهِ، وَلاَ تَرِثُهُ أُنْثَى، إِنْ لَمْ تُبَاشِرْهُ بِعِتْقٍ، أَوْ جَرَّهُ وَلاَءٌ بِوِلاَدَةٍ، أَوْ عِتْقٍ،

في القرب فيه كالتعصيب في الإرث إلا أن الأخ وابن الأخ يقدمان على الجد. زاد الحوفي: وابن العم على ابن الجد. قلت: وهو مندرج في الأولى بالمعنى. اللخمي: اختلف إن كانا ابني عم أحدهما أخ لأم فقال مالك وابن القاسم في المدونة: لا فضل للأخ للأم. وقال أشهب: عند محمد: الأخ للأم أحق لأنه أقعد للرحم كما لو ترك المعتق أخوين أحدهما شقيق والآخر للأب. قلت: في جريان هذا الخلاف في إرث المال نظر، ويرد قياس أشهب بأن زيادة الشرط في الأم في المقيس عليه هي فيما به التعصب فيه ببنوة العمومة انتهى. وقد حكى في التوضيح في باب الفرائض الخلاف في ميراث النسب أيضاً.

فرع: منه: قال: والمذهب انتقاله بموت مستحقه إلى أقرب عصبة المستحق المعتق حينئذ لا إلى أقرب عصبة المستحق انتهى. وعلى هذا يتفرع قول المصنف: «وإن اشترى ابن وابنة أباهما». ص: (**كالصلاة**) ش: يعني كالصلاة على الجنازة فيقدم الابن ثم ابنه ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه. ولو قال المصنف: «كالنكاح» لكان أحسن وإن كان الحكم سواء لأنه لم يبين هذا الترتيب في الجنائز وبينه في النكاح، والحاصل أن الولاء والصلاة على الميت وولاية النكاح سواء. ص: (**أو جره ولاء بولادة أو عتق**) ش: نحوه لابن الحاجب. فقال في التوضيح: حكى سحنون على هذا الإجماع أنه لا ولاء للمرأة إلا من باشرت عتقه أو أعتقت من أعتقه أو يكون ولداً لمن أعتقته وإن سفل من ولد الذكور خاصة. ولم يبين المصنف يعني ابن الحاجب هنا أنه لا يجر إلا أولاد الذكور إلا أنه قال: وعلى من جره ولاؤها. وقد بين أولاً أن المرأة إنما تجر ولاء أولادها إذا لم يكن لهم نسب من حر انتهى. ومثله يقال عليه. والتقييد بالذكور ووقع في المدونة لكنه لا كبير فائدة فيه لأن من المعلوم أنه لا ينجر إليها بالولادة إلا ما ينجر للذكر، وقد تقدم أن المعتق إذا أعتق أمة فإنما يكون له الولاء على أولادها الذكور إذا لم يكن لهم نسب من حر، بل التقييد به مشوش لأنه يوهم أن أولاد المعتقة لا ولاء عليهم لمعتقها مطلقاً، سواء كان لهم نسب من حر أم لا وليس كذلك. ونص كلامه في المدونة: ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن من ولد

حياً ورثه ولد مولاه ثم ولد ولده وإن سفلوا، الأقرب فالأقرب. فإن لم يكونوا فأبوه قال: والأولى بالصلاة على الميت الابن ثم ابنه ما سفل ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ما سفل ثم الجد ثم العم ثم ابن العم وإن سفل ثم أبو الجد ثم بنوه على هذا الترتيب كولاية النكاح وميراث الولاء (**ثم معتق معتقه**) ابن رشد: إن لم يكن للمعتق ولد ولا ولد ولد فأبوه وأولادهم ما سفلوا، فإن انقطعوا فيكون الولاء لمولاه ثم لمن يجب له ذلك بسببه. (**ولا ترثه أنثى إلا إن باشرت عتقاً أو جره ولاء بولادة أو عتق**) ابن الجلاب: لا يرث النساء من الولاء شيئاً إلا ولاء من باشرن عتقه أو كاتبن أو دبرن أو ما جر إليهن واحد من هؤلاء بنسب أو بولاء مثل معتق معتقهن أو ولد من أعتقن. وقال ابن الحاجب: ولا لأنثى

وَلَوْ ٱشْتَرَى ٱبْنٌ وَبِنْتٌ: أَبَاهُمَا، ثُمَّ ٱشْتَرَى الأَبُ عَبْداً فَمَاتَ العَبْدُ بَعْدَ الأَبِ، وَرِثَهُ الِٱبْنُ وَإِنْ مَاتَ لِٱبْنُ أَوَّلاً، فَلِلْبِنْتِ، النِّصْفُ لِعِتْقِهَا نِصْفَ الْمُعْتِقِ، وَالرُّبُعُ لأَنَّهَا مُعْتِقَةٌ نِصفَ أَبِيهِ، وَإِنْ مَاتَ الِٱبْنُ، ثُمَّ الأَبُ. فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ بِالرَّحِمِ، وَالرُّبُعُ بِالْوَلاَءِ، وَالثُّمُنُ بِجَرِّهِ.

الذكور ذكراً كان ولد هذا الذكر أو أنثى انتهى. إلا أنه قال بعده: وإذا أعتقت المرأة امرأة فولدت المعتقة من الزنى أو من الزوج ثم نفاه ولاعن فيه، كان ميراث هذا الولد للمرأة التي أعتقت أمه انتهى. وبهذا فسر الشيخ أبو الحسن المدونة. وقال اللخمي: ما أعتقت المرأة يجري مجرى ما لو كان المعتق رجلاً فكل موضع يكون الولاء فيه للمعتق إذا كان رجلاً يكون لها. انتهى. ص: **(وورثه الابن)** ش: ولا ترث البنت منه شيئاً لأن الابن عاصب المعتق من النسب والبنت معتقة المعتق، وعاصب المعتق مقدم على معتق المعتق، وهذه تسمى فريضة القضاة لغلط أربعمائة قاض فيها بتوريثهم البنت بالولاء. ص: **(فإن مات الابن أولاً فللبنت النصف)** ش: إن مات الأب ثم مات الابن قبل موت العبد المعتق ثم مات العبد فللبنت النصف، لأنه لما فقد المعتق وعصبته من النسب انتقل الولاء لمعتق المعتق ومعتق المعتق البنت والابن الميت فلها النصف والنصف الثاني الذي كان لأخيها لموالي أبيه وموالي أبيه هو وإخوته، فلها نصف نصفه وهو الربع فيصير لها ثلاثة أرباع المال والربع الباقي يكون لموالي أم الأخ إن كانت أمة معتقة، وإن كانت حرة فلبيت المال والله أعلم، وبهذا توجه المسألة الأخرى والله أعلم.

ولاء إلا على من باشره عتقها أو على من جره ولاؤه لها بولادة أو عتق. **(وإن اشترى ابن وبنت أباهما ثم اشترى الأب عبداً فأعتقه فمات العبد بعد الأب ورثه الابن وإن مات الابن أولاً فللبنت النصف لعتقها نصف المعتق والربع لأنها معتقة نصف أبيه)** قال ابن خروف: هذه الفريضة تعرف بفريضة القضاة لغلط أربعمائة: قاض فيها. قال ابن الحاجب: فلو اشترى ابن وابنة أباهما ثم اشترى الأب عبداً فأعتقه فمات العبد بعد الأب، ورثه الابن دون البنت لأنه عصبة المعتق. ولو مات الابن قبل العبد، للبنت من العبد النصف لأنها معتقة نصف المعتق والربع لأنها معتقة نصف أبي معتق النصف **(فإن مات الابن ثم الأب فللبنت النصف بالرحم والربع بالولاء والثمن بجره)** ابن شاس وغيره: إذا اشترى ابن وابنة أباهما ثم مات الابن فورثه أبوه ثم مات الأب، فإن البنت ترث من أبيها النصف بالرحم وكنا نصف النصف الباقي بالولاء لأنها أعتقت نصفه، والباقي لأخيها إذ هو الذي أعتق نصفه، ثم تأخذ نصف هذا الباقي لأنها أعتقت نصف والده فصار لها سبعة أثمان المال. ابن شاس.

باب في الوصية

صَحَّ إِيصَاءُ حُرٍّ، مُمَيِّزٍ، مَالِكٍ وَإِنْ سَفِيهاً

باب

ص: (صح إيصاء حر) ش: الوصايا جمع وصية. ورسمها عند الفقهاء قال في الشامل: والوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع انتهى. ونقله في التوضيح وابن عبد السلام عن بعض الحنفية. قال ابن عبد السلام: على أنه لا يخلو عن مناقشات لا تخفى عليك انتهى. وقال في اللباب: الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه انتهى. ثم قال: الوصية حقيقتها إسناد النظر في أمر المحجور أو تنفيذ وصية لثقة مأمون انتهى. ورسمها ابن عرفة برسم شمل الإيصاء لشخص وإسناد الوصية إليه فقال: الوصية في عرف الفقهاء لا الفراض عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزمه بموته أو نيابته عنه بعده انتهى. ولا يخفى صدق هذا الرسم على التدبير والله أعلم. وحكم الوصية قال ابن رشد في كتاب الوصايا: حكمها الندب على الجملة. وقال منذر بن سعيد: هو فرض وحكمة مشروعيتها تقوية الزاد إلى المعاد انتهى. وقال في كتاب الوصايا: حكمها الوجوب وحكمة مشروعيتها الرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه انتهى. وقال في الشامل: هي مستحقة إلا لمن عليه تعلق له بال فتجب. انتهى. ص: (وإن سفيهاً) ش: مولى عليه أو غير

كتاب الوصايا

وفيه أربعة أبواب: الأول في أركانها وهي الموصي والموصى به والموصى له وما يكون به الوصية. الباب الثاني في أحكام الوصية. الباب الثالث في الرجوع عن الوصية الباب الرابع في الوصية وأركانها والوصي والموصى فيه والصيغة.

باب

(صح إيصاء حر) ابن عرفة: الوصية في عرف الفقهاء: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده. ابن شاس: وتصح من كل حر. (مميز) من المدونة: تجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية. (مالك) ابن شاس: تصح من كل حر مميز مالك ولا تصح من العبد ولا من المجنون. (وإن سفيهاً) من المدونة: تجوز وصية المحجور عليه والسفيه والمصاب حال إفاقته لا حال خبله. قال مالك: ويجوز للسفيه أن يوصي بالعتق ولا يجوز أن يعتق

أَوْ صَغِيراً،

مولى. قال في التوضيح: وإذا أدان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك إلا أن يوصي به فيجوز في ثلثه. وقال ابن كنانة: إن سمى ذلك يقضى من رأس ماله ولم يجعله في ثلثه لم يجز على ورثته، وإن أوصى به على وجه الوصايا فهو مبدأ على وصاياه. ولابن القاسم: إذا باع المولى فلم يرد بيعه حتى فات أنه ينفذ بيعه. ابن زرقون: فعلى هذا يلزمه الدين بعد موته فتأمله انتهى وعلى الأول اقتصر في الشامل فقال أو مولى عليه وإن فيما أدان بغير إذن وليه انتهى. ص: (وصغيراً) ش: اختلف في السن الذي تجوز وصية الوصي فيه فقال في المدونة: وتجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها. وروي ابن وهب أن أبان بن عثمان أجاز وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع انتهى. وهذا القول هو الذي صدر به في التوضيح والشامل وعليه اقتصر صاحب اللباب ونصه: وتصح من ابن عشر سنين فما فوقها لأنه مميز انتهى.

فرع: قال ابن عبد السلام قال أشهب: إذا أوصى الصبي بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي فذلك إلى وصيه.

قلت: هذا مما ينظر فيه، فإن نظر الوصي ينقضي بموت الصبي. ألا ترى أن جرح الصبي ينظر فيه وليه وديته إذا قتل ليس للوصي فيها نظر، وإنما هو للورثة إلا أن يقال ملك الصبي للدية بعد موته متعذر وتنفيذ الوصية بعد موته إنما يكون على تقدير ملكه والوصي هو الناظر في أملاك الصبي وهذا منها انتهى. ونقله في التوضيح فقال: قال أشهب: ومن أوصى بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي فذلك إلى وصيه. ثم ذكر كلام ابن عبد السلام المتقدم. وانظر قوله: «من أوصى» هل يريد من الصبيان أو من المولى عليهم مطلقاً فتأمله والله أعلم. وانظر الرجراجي في المسألة السادسة من كتاب الوصايا الأول فإنه تكلم على حكم ما إذا أوصى المحجور عليه لعارض الطفولية أو لعارض السفه بوصية وجعل تنفيذها لغير وصية وأطال في ذلك. وفي البرزلي: وسئل ابن أبي زيد عمن أسند وصيته إلى رجل وفي الوصية بنات، فماتت واحدة بعد دخول بيتها بشهر وتركت زوجاً وعصبة وأوصت بصدقة للفقراء، فهل ينفذها الوصي أو الورثة؟ فأجاب: إن لم توص بذلك لأحد فذلك لوصي أبيها إن كان مأموناً، وإن أوصت بذلك لأحد فهو أولى. قال البرزلي: قلت: هذا جارٍ على بقاء النظر بعد موت المحجور على من له عليه ولاية ومن يقول لا نظر له في أولاده يرجع الأمر في ذلك إلى من يقدمه القاضي انتهى.

فرع: قال في التوضيح: قال أشهب: من أوصى لبكر بمائة ولا ولي لها فدفع الورثة ذلك

بتلاً. قال عبد الوهاب: والكل عتق. (وصغيراً) تقدم نص المدونة عند قوله «مميز» وقال أصبغ: تجوز وصية الصغير إذا عقل الصلاة. ولمالك في العتبية: إذا أثغر والصبيان يختلف إدراكهم وتمييزهم، فمن

وَهَلْ إِنْ لَمْ يَتَنَاقَضْ قَوْلُهُ، أَوْ أَوْصَى بِقُرْبَةٍ؟ تَأْوِيلاَنِ وَكَافِراً، إِلاَّ بِكَخَمْرٍ لِمُسْلِمٍ،

إليها بغير إذن الإمام فقد برئوا. واختار اللخمي إن كان لها وصي أن لا تدفع إلا إليه إلا أن يعلم أن الميت أراد دفع ذلك إليها لتتسع في مطعم وملبس فيدفع إليها انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة. وظاهره أن المولى عليه إذا أوصى له بشيء فدفع الوصي ذلك إليه ولم يدفعه إلى وليه فلا ضمان عليه فتأمله والله أعلم. ص: **(وهل إن لم يتناقض أو أوصى بقربة تأويلان)** ش: قال في المدونة: وتجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية وذلك إذا لم يخلط انتهى. قال في التوضيح: فسر اللخمي عدم الاختلاط بأن يوصي بما فيه قربة الله تعالى أو صلة رحم، فأما إن جعلها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي انتهى. وعبارة اللخمي في تبصرته: والصبيان يختلف تمييزهم وإدراكهم، فمن علم أن عنده تمييزاً جازت وصيته إذا أصاب وجه الوصية فيوصي بما هو قربة لله سبحانه وتعالى أو صلة رحم، وأما أن يجعلها لمن يستعين بها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي انتهى. فعلم أن مفهوم قوله: «قربة» أعم من أن تجعل فيما لا يحل أو يوصي بها لمن يستعين بها على ما لا يحل والله أعلم. وهذا هو التأويل الثاني في كلام المصنف والأول لأبي عمران.

تنبيه: قال المشذالي في حاشيته على المدونة في هذا المحل: سئل ابن عبد السلام عن صبي يزيد على عشر سنين أوصى بثلثه لقوم، فبعد وفاته قام عصبته على الموصى لهم وقالوا: الصبي لم يعقل القربة ولم يميز بين الحسنات والسيئات فوصيته باطلة، وقال الموصى لهم: بل يعقل ويميز. فعلى من الإثبات؟ فقال: يسأل شهود الوثيقة، فإن قالوا نعلم أنه مميز أو ثبت ذلك بغيرهم صحت الوصية، فإن عجز الموصى لهم عن إثبات ذلك لم تنفذ الوصية. قلت: فحاصل الجواب الظريف أن الموصى له مدع لأن الأصل عدم التمييز ثم شبهها بنظائر فراجعه والله أعلم. ص: **(وكافر إلا بكخمر لمسلم)** ش: يعني أن وصية الحر المميز المالك تصح وإن كان كافراً، وظاهره أن وصيته جائزة للمسلم بكل شيء يملكه الكافر إلا بكخمر أو خنزير ووصيته للكافر تصح مطلقاً أي بكل شيء حتى بالخمر والخنزير. أما الأول فهو صريح كلامه وكلام ابن الحاجب، وأما الثاني فهو مفهوم كلامه. وقال في التوضيح: إنه مفهوم كلام ابن الحاجب وابن شاس. ونص ابن الحاجب: وتصح من الكافر إلا بمثل خمر لمسلم. قال في التوضيح: وتصح الوصية من الكافر لأنه حر مالك مميز إلا أن يوصي لمسلم بما لا يصح ملكه من خمر ونحوه ومفهوم قوله: «لمسلم» ـ وهو كلام ابن شاس ـ أنه لو أوصى بذلك لكافر لصحت

علم تمييزه جازت وصيته إذا أوصى بما هو فيه قربة أو صلة رحم، وإن جعلها لمن يستعين بها في منهي عنه ردت وصيته. **(وهل إن لم يتناقض أو أوصى بقربة تأويلان)** تقدم نص المدونة: إذا أصاب وجه الوصية. قال أبو عمران: يريد إذا لم يخلط في كلامه. وتقدم قول اللخمي: إذا أوصى بما هو قربة **(وكافر إلا بكخمر لمسلم)** ابن عرفة: قول ابن شاس «والكافر تنفذ وصيته إلا بكخمر أو خنزير لمسلم»

لِمَنْ يَصِحَ تَمَلُّكُهُ كَمَنْ سَيَكُونُ، إِنِ اسْتَهَلَّ، وَوُزِّعَ لِعَدَدِهِ

وصيته وهو ظاهر لأنه أوصى بها لمن يصح ملكه لها، ولم أر في ذلك نصاً. وقد يؤخذ ذلك مما لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له قال: يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين انتهى. ومسألة العتبية في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا، وظاهر كلامهم أن وصية الكافر تصح للكافر مطلقاً، ذمياً أو حربياً، ولم أر من صرح به وسيأتي ما في وصية المسلم للحربي والله أعلم. ص: **(كمن سيكون إن استهل) ش:** قال في الوصايا الأول: ومن أوصى لحمل امرأة فأسقطته بعد موت الموصي فلا شيء له إلا أن يستهل صارخاً انتهى. قال في أواخر الوصايا الثاني: ثلثي لولد فلان وقد علم أنه لا ولد له جاز، وينظر أيولد له أم لا. وسيأتي ما فيه من التفصيل بين الذكر والأنثى إن لم يعلم أنه لا ولد له فذلك باطل انتهى. وقال اللخمي في آخر الوصايا الثاني: وإن أوصى لولد فلان ولا ولد له وله حمل، حملت الوصية على أنها لذلك الحمل، فإن ولده كانت الوصية له، وإن أسقطته أو ولدته ميتاً سقطت الوصية ولا شيء لمن يولد بعد، وإن لم يكن حمل والموصى يظن أن له ولداً سقطت الوصية، وإن كان عالماً حملت الوصية على من يولد بعد وإن كثروا. فإن ولد ولد تجر له بذلك المال ثم كذلك كلما ولد له تجر له مع الأول، ومن بلغ التجر تجر لنفسه، فإن خسر فيه أو ضاع له منه شيء في حين تجره للصغير لم يضمن لأن الصغير لا تعمر ذمته بذلك وقد رضي الموصي بالوصية له على ما توجبه الأحكام في الضمان، وإن بلغ وتجر لنفسه ضمن الخسارة والتلف. انتهى ونقله أبو الحسن ونقل نحوه عن التونسي ونصه: لو قال لولد فلان ولا ولد له يوم أوصى وهو يعلم بذلك ثم ولد له، لانبغى أن يحبس ذلك حتى يكبر فينتفع به ويوقف لغيره حتى ينتفعوا به لأنه لما لم يكن ولد يوم أوصى فكان الموصي أراد الإيصاء إلى جملة من يولد لفلان فلا يختص بالانتفاع به بعضهم دون بعض حتى ينقرضوا فيكون لورثتهم كلهم. وقد حكى عن بعض الناس أن أول ولد يولد لفلان يأخذ ذلك بتاً والأول أبين. انتهى من أبي الحسن.

تنبيهان: الأول: ظاهر كلامهم أن الموصى به يوقف إلى أن يؤيس من وجود الموصى لهم ولم أر الآن من صرح بذلك والله أعلم.

واضح لأنها عطية عن مالك تام ملكه. **(لمن يصح تملكه كمن سيكون إن استهل)** ابن شاس: الركن الثاني الموصى له. فلو أوصى لحمل امرأة فانفصل حياً صحت الوصية، ولو أوصى لحمل سيكون صح قال مالك: تجوز الوصية للصديق الملاطف ولا يجوز له الإقرار بالدين. قال عبد الوهاب: وفي كلا الموضعين فهو إخراج مال عن الورثة إذ بين ما يخرج من الثلث أو من رأس المال فرق. **(ووزع بعدده)** من المدونة: من قال ثلث مالي لولد فلان وقد علم أنه لا ولد له جاز وينتظر أيولد له أم لا، ويساوي

بِلَفْظٍ أَوْ إِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ، وَقَبُولُ الـمُعَيَّنِ شَرْطٌ بَعْدَ الْمَوْتِ. فَالْمِلْكُ لَهُ بِالْمَوْتِ

الثاني: إذا أوصى لولد فلان ولا ولد له فادعى فلان أن الوصي يعلم ذلك وادعى الورثة أن الموصي يظن أن له ولداً، فهل القول قول الوارث أو قول فلان؟ لم أر فيه نصاً أيضاً. والظاهر أن القول قول الورثة فانظر ذلك. وانظر أيضاً إذا لم يعلم الورثة وفلان أن الموصي كان يعلم ذلك أو لا يعلمه، هل يحمل على العلم أو عدمه؟ والله أعلم. ص: **(بلفظ أو إشارة مفهمة)** ش: قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والإشارة. وقال مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه». ابن شاس: كل لفظ فهم منه قصد الوصية بالوضع أو بالقرينة حصل إلى اكتفائه. ابن الحاجب: كل لفظ وإشارة يفهم منها قصد الوصية. قلت: فيخرج عنها الكتب الشيخ عن أشهب في الموازية: لو قرؤوها وقالوا: نشهد بأنها وصيتك فقال: نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز. قال ابن عبد السلام: وتعقب على ابن الحاجب تفسير الصيغة بالإشارة فإن الإشارة من الأفعال والصيغة من العوارض الأقوال وهو صحيح لو كان المراد بها ما يريده النحويون، أما إذا كان مراده بالصيغة ما يدل على مراد الشخص وجعل ذلك حقيقة عرفية في هذا الفن ولا يسمى على رأي المالكية في كثير من أبواب الفقه فلا مشاحة انتهى. ص: **(وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت)** ش: هذه نحو عبارة ابن الحاجب. قال في التوضيح في شرحها: أي وقبول الموصى له المعين للوصية شرط في وجوبها له لأنها أحد أنواع العطايا فاشترط فيها القبول كالهبة وغيرها انتهى. وظاهره أنه إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية لم يكن لورثته قبولها وهو خلاف مذهب المدونة. وقال في الجواهر: إن مات الموصى له بعد الموصي لا ينتقل حق القبول للوارث. قاله الشيخ أبو بكر يعني الأبهري. وقال القاضي أبو محمد: ينتقل انتهى. وما قاله هو مذهب المدونة. قال في

فيه بين الذكر والأنثى. **(بلفظ)** ابن شاس: الركن الرابع ما به تكون الوصية وتكون بالإيجاب ولا يتعين له لفظ مخصوص **(أو إشارة مفهمة)** ابن عرفة: الصيغة ما دل على تعيين الوصية فيدخل اللفظ والكتابة والإشارة. ابن الحاجب: الصيغة كل لفظ أو إشارة يفهم منها قصد الوصية. ابن عرفة: فيخرج الكتب. **(وقبول المعين شرط بعد الموت)** ابن الحاجب: قبول المعين شرط بعد الموت لا قبله. ابن شاس: وإن أوصى للفقراء وإن لا يتعين فلا يشترط القبول. **(فالملك له بعد الموت)** ابن شاس: إذا مات الموصي كان الموصى له موقوفاً، فإن قبل تبين أن العين الموصى بها دخلت في حكمه بالموت، وإن ردها تبين أنها لم تزل على ملك الموصي، ثم ذكر الخلاف. ويتخرج على ذلك زكاة الفطر إذا وجبت بعد الموت وقبل القبول. وإذا أوصى له بزوجة الأمة فأولدها بعد الموت وقبل العلم، وكذا ثمر النخل الحادث بين الزمانين اهـ. وانظر إن مات المعين قبل القبول وبعد موت الموصي هي كالشفعة والخيار لورثته الرد والقبول. قاله في المدونة. قال عياض: وهذا بين من مذهبه في الكتاب أن الوصية لا تحتاج

وَقُوِّمَ بِغَلَّة حَصَلَتْ بَعْدَهُ رِقٌّ لإِذنٍ فِي قَبُولِهِ كَإِيصَائِهِ بِعِتْقِهِ،

الوصايا الأول: وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثة الموصى له، علم بها أم لا، ولهم أن يقبلوها كشفعة له أو خيار في بيع ورثوه انتهى. ونحوه في الوصايا الثاني. قال ابن عرفة: قال عياض: هذا بين لأن مذهبه في الكتاب أنها لا تحتاج لقبول الموصى له قبل موته ولا علمه، لأن قبولها حق يورث عنه. وذكر الأبهري أنها تحتاج لقبول الموصى له وإنما تكون لورثته إذا قبلها، ومتى لم يقبل سقط حقهم فيها ورجعت لورثة الموصي. وقيل: إنها حق يثبت للميت يورث عتقه على كل حال وليس لورثته رده ولا يحتاج إلى قبول. قال ابن عرفة قلت: فهي ثلاثة أقوال. انظر بقية كلامه ومناقشة ابن عبد السلام.

فرع: ولو تراخى القبول عن الإيجاب لم يضر. قال في الذخيرة: ولا يشترط فيه أي القبول الفور بعده قياساً على الهبة.

فرع: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب وإجازة الورثة في الصحة من غير سبب ما نصه. قال ابن الحاج: انظر على ما في الموطأ: لو أوصى رجل لرجل بمال فلم يقبل ذلك الموصى له في صحة الموصي ورده ثم مات الموصي ورجع الموصى له إلى قبول المال فذلك له لأنه لم تجب له الوصية إلا بعد موت الموصي انتهى.

فرع: فإن مات الموصى له قبل موت الموصي قال في الوصايا الثاني: بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا. ثم قال مالك: يحاص بها ورثة الموصي أهل الوصايا في ضيق الثلث ثم يرث تلك الحصة، وأكثر الرواة أنهم يحاصون بها إن لم يعلم بموته ولا يحاصون بها إن علم، وقاله مالك أيضاً انتهى. **ص: (ولم يحتج رق لإذن في قبول) ش:** قال ابن الحاجب: وللمأذون له أن يتصرف في الوصية والهبة ونحوهما ويقبلهما بغير إذن السيد، وكذلك غير المأذون له نحو ذلك في الوصايا. قال في التوضيح: قوله «ونحوهما» كالصدقة وله أن يقبل

إلى قبول الموصى له قبل موته ولا علمه، لأن قبولها حق يورث عنه، ثم ذكر قولين آخرين. ابن عرفة: وقرر ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب بكلام يقتضي عدم اطلاعه ولا يخفى أن عدم الاطلاع على نقل التنبيهات قصور. **(وقوم بغلة حصلت قبله)** ابن شاس: إذا فرعنا على أن الغلات تبع للأصول فاختلف في كيفية التقويم؛ فقيل تقوم الأصول بغير غلات فإن خرجت من الثلث ابتعتها ولا تقوم الغلات، وقيل تقوم الأصول بغلاتها. قال التونسي: وهذا أشبه في الظاهر، وذلك أن نماء العبد لم يختلف فيه لأنه إنما لم يقوم على هيئته يوم التقويم، وكذلك ولد لأمة لم يذكر فيه اختلاف أنه يقوم معها كنماء إعطائها. فكذلك يجب أن يكون تقويم الغلات مع الرقاب لأنهما كالنماء في الموصى به. **(ولم يحتج رق لإذن في قبول كإيصائه بعتقه)** ترجم ابن يونس فقال فيمن أوصى بعتق عبده أو جاريته فلم يقبلا قال مالك: من أوصى بعتق عبده فلم يقبل فلا قول له ويعتق إن حمله الثلث. وانظر

وَخُيِّرَتْ جَارِيَةُ الوَطْءِ، وَلَهَا الانْتِقَالُ، وَصَحَّ لِعَبْدِ وَارِثِهِ، إِنِ اتَّحَدَ، أَوْ بِتَافِهٍ أُرِيدَ بِهِ العَبْدُ، وَلِمَسْجِدٍ، وَصُرِفَ فِي مَصَالِحِهِ، وَلِمَيِّتٍ عَلِمَ بِمَوْتِهِ، فَفِي دَيْنِهِ أَوْ وَارِثِهِ، وَلِذِمِّيٍّ،

ذلك بغير إذن السيد. وأقيم من المدونة أنه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة. وقوله «وكذلك غير المأذون» التشبيه راجع إلى القبول فقط لأن التصرف إنما يكون للمأذون إلا أن يكون الواهب أو الموصي شرط في هبته أو وصيته أن لا حجر عليه فيها فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قاله بعضهم في السفيه والصغير. قاله ابن عبد السلام. انتهى بالمعنى.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: خليل: لو قيل للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها كان حسناً للمنة التي تحصل على السيد انتهى. وهو ظاهر والله أعلم.

الثاني: قال في النوادر: قال علي عن مالك في عبد أوصى له بشيء فأبى قبوله فلسيده الذي تصدق أن يكرهه على قبوله انتهى. وقال في سماع سحنون: قال مالك في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبل، أن للسيد أن يأخذ ذلك وأن يأبى الذي تصدق بها إذا قال إنما أردت العبد، وأما إذا لم يقبل فلا. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه لأن العبد لو قبض الصدقة كان لسيده أن ينزعها منه فهو أحق بقبول ما تصدق به عليه وبالله التوفيق انتهى. ص: **(وصحت لعبد وارثه إن اتحد أو بتافه أريد به العبد)** ش: قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة: ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد لا نفع سيده كعبد كان قد خدمه ونحوه، وإن أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز، ولا ينتزع ذلك الابن منه. وإن أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد إن حمله الثلث وليس لوارثه انتزاعه منه ويباع بماله ولمن اشتراه انتزاعه، وإن أوصى لعبد أجنبي بمال فلسيده انتزاعه انتهى. ص: **(ولميت علم بموته إلى آخره)** ش: نحوه في النوادر قال: وهذا إذا جهل أمر

قبل هذا عند قوله «أنت حر على أن عليك ألفاً». **(وخيرت جارية الوطء)** من المدونة: إن أوصى ببيع جاريته ممن يعتقها فأبت فإن كانت من جوار الوطء فذلك لها وإلا بيعت ممن يعتقها. **(ولها الانتقال)** اللخمي: إن قال خيروها في العتق أو البيع خيرت، فإن اختارت أحد الأمرين ثم انتقلت إلى الآخر فقال ابن القاسم: ذلك لها ما لم ينفذ فيها ما اختارت أولاً. **(وصح لعبد وارثه إن اتحد)** من المدونة: إذا أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز ولا ينتزع ذلك الابن منه. **(أو بتافه أريد به العبد)** من المدونة: لا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه كالثوب ونحوه فيما يريد ناحية العبد لا نفع سيده كان خدمه ونحوه. **(ولمسجد وصرف في مصلحته)** ابن الحاجب: تصح الوصية للمسجد والقنطرة وشبهها لأنه بمعنى الصرف في مصالحهما. ابن رشد: الواجب أن يقدم بنيان المسجد ورمه على أجر أئمته. **(وخدمته ولميت علم بموته ففي دينه أو وارثه)** أشهب: من أوصى لرجل قد مات وعلم بموته فذلك لورثته ولدين عليه. وأتى اللخمي بهذا غير معزو على أنه المذهب. **(ولذمي)** روى ابن وهب:

وَقَاتِلٍ عَلِمَ المُوصِي بِالسَّبَبِ، وَإِلاَّ. فَتَأْوِيلاَنِ وَبَطَلَتْ بِرِدَّتِهِ، وَإِيصَاءٍ بِمَعْصِيَةٍ، وَلِوَارِثٍ:

الوصي، فأما إن علم أمرها إلا أنها زكاة فرط فيها فلا شيء لورثة الميت فيها ولا للمدين عليه، وليتصدق بها في وجه الزكاة كمن أوصى بزكاته لمن ظنهم فقراء وهم أغنياء انتهى. وقال في باب قبله: فإن كان ورثة الموصى له فقراء فهم أحق بها انتهى. ص: **(وبطلت بردة)** ش: قال في المسائل الملقوطة: وبطلت الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي وبالرجوع فيها بالقول والفعل وبالردة من أحدهما أو بقتل الموصى له الموصي انتهى. وانظر الشيخ أبا الحسن الصغير. ص: **(ولوارث)** ش: يعني أن الوصية تبطل إذا كانت للوارث، يريد إلا أن يجيز ذلك الوارث. وإنما خالف قول ابن الحاجب «وتجوز للوارث وتوقف على إجازة الورثة» لأنه مشى على أن إجازة الوارث عطية. وقد قال في توضيحه: إنه لا يحسن على هذا القول أن يقال الوصية تصح للوارث.

تنبيه: إذا قال الموصي أعطوا لفلان من الورثة سهمه كاملاً وثلث ما عدا ذلك لفلان، فهذا من الوصية للوارث. قاله في البيان في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الوصايا. وفرضها فيمن قال أعطوا لأمي سهمها في كتاب الله وثلث ما عدا ذلك ما ينتقص الثلث بتوفر سهم أمي صدقة على فلان، يريد أن يخرج الثلث من جميع ماله ما عدا ما لأمه قال: يخرج الثلث للموصى له على حال ما أوصى ثم تزاد الأم سهماً يضاف إلى بقية المال ويقسم على

من نذر صدقة على كافر لزمه. قال ابن رشد: لا خلاف أن في الوصية للذمي أجراً على كل حال. ومعنى الكراهية في ذلك بالنسبة إلى إيثار الذمي على المسلم لا بنفس الوصية للذمي اهـ. قال مالك: تجوز وصية المسلم للكافر وقاله ابن القاسم. أصبغ: تجوز للذمي ولا تجوز للحربي. عبد الوهاب: تجوز الوصية للمشركين ولو كانوا أهل حرب. **(ولقاتل علم الموصي بالسبب)** من المدونة: إن أوصى له بعد ضربه وعلم به، فإن كانت الضربة خطأً جازت الوصية في المال والدية، وأما في العمد فتجوز في ماله دون الدية لأن قبول الدية كمال لم يعلم به. **(وإلا فتأويلان)** اللخمي: إن أوصى بعد الجناية عمداً ولم يعلم أنه قاتله فقال ابن القاسم: لا شيء له. وقال محمد: هي نافذة له علم أو لم يعلم. **(وبطلت بردة)** بهرام: وبطلت بردة الموصى إن مات على ذلك وإلا فإن تاب وكانت مكتوبة صحت. من المدونة: إذا قتل المرتد على ردته بطلت وصاياه قبل الردة وبعدها. **(وإيصاء بمعصية)** ابن عرفة: الموصى به كل ما يملكه من حيث الوصية به، فتخرج الوصية بالخمر وبالمال فيما لا يحل صرفه فيه. وسمع عيسى جواب ابن القاسم عمن أوصى بمناحة ميت أو لهو عرس لا ينفذ ذلك وإن كان مثل الكبر. ابن رشد: لأن النياحة على الميت محرمة. وفي الموازية: من أوصى بمال لمن يصوم عنه لم يجز ذلك. ابن عتاب: وكذلك لمن يصلي عنه بخلاف من عهدت بعهد لمن يقرأ على قبرها فهو نافذ كالاستئجار للحج وهو رأي شيوخنا قال: وكذلك رأي إنفاذ الوصية بضرب قبة على قبرها. **(ولوارث)** الموطأ: السنة الثابتة عندنا التي لا خلاف فيها أنها لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيزها ورثته، وإن أجاز

كَغَيْرِهِ بِزَائِدِ الثُّلُثِ يَوْمَ التَّنْفِيذِ، وَإِنْ أُجِيزَ. فَعَطِيَّةٌ، وَلَوْ قَالَ. إِنْ لَمْ يُجِيزُوا فِلِلْمَسَاكِينِ، بِخِلاَفِ العَكْسِ، وبِرُجُوعٍ فِيهَا وَإِنْ بِمَرَضٍ بِقَوْلٍ،

الورثة على كتاب الله تعالى وذلك أن رسول الله ﷺ قال: «لا وصية لوارث»[1]. ص: **(كغيره بزائد الثلث)** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: قال في معين الحكام في كتاب الوصايا: وإذا قال الموصي يخرج ثلث ما خلفه فيفعل به كذا وكذا الأشياء عدها، فإذا أخرج منه ما ذكر وفضلت من الثلث فضلة فقيل ينفذ ذلك في الفقراء والمساكين لقوله يخرج جميع ثلثي، وقيل: إن البقية ترجع ميراثاً. قال بعض الموثقين: وبالأول جرى العمل انتهى. وقال بعده بنحو الورقة مسألة: فإن أغفل الموثق أن يقول في الوصية وما فضل عن الثلث جعله الناظر حيث يراه إذا ذكر أولاً أنه أوصى بجميع ثلثه ففي ذلك قولان: أحدهما أنه ينفق في الفقراء والمساكين. قال بعض الموثقين: وبه جرى العمل والقول الثاني: أن البقية ترجع ميراثاً. ص: **(وإن أجيز فعطية)** ش: أي فإن كان الوارث المجيز عليه دين محيط فلغرمائه رد ذلك، وإن قلنا إن فعله ينفذ فليس لغرمائه الرد. واختلف إذا أجاز الوارث ولا دين عليه فلم يقبض ذلك الموصى له حتى استدان الوارث أو مات فقال في كتاب محمد: غرماء الوارث ورثته أحق بها لأنها هبة لم تحز، وقال أشهب: يبدأ بوصية الأب قبل دين الابن. قال ابن عرفة: والأول أحسن وأظنه أنه ناقل له عن ابن القصار. ص: **(وبرجوعه فيها وإن بمرض)** ش: قال في التوضيح: قال في الوثائق المجموعة: إذا قال اشهدوا أني قد

بعضهم جاز له حق من أجاز انتهى. كان سيدي ابن سراج رحمه الله يعترض على الموثقين منعهم من يريد الوصية لوارث إذ لعله أن يجيزها الورثة أو قد يصير غير وارث. **(كغيره بزائد الثلث)** ابن الحاجب: تصح للموارث وتقف على إجازة الورثة وقد يصير غير وارث كزائد الثلث لغيره، وفي كونها بالإجازة تنفيذاً أو ابتداء عطية منهم قولان. **(يوم التنفيذ)** ابن عرفة: نصوص المدونة وغيرها واضحة بأن المعتبر في ثلث الميت ثلث ماله يوم تنفيذ الوصية لا يوم موته، فقول ابن الحاجب «المعتبر ثلث المال الموجود يوم الموت» المنصوص خلافه. **(وإن أجيز فعطية)** ابن القصار: إن أجاز الوارث ما وصى به الميت من الزيادة على الثلث أو الوصية للوارث، كان ذلك تنفيذاً لفعل الميت لا ابتداء عطية من الوارث. **(ولو قال إن لم يجيزوا له فللمساكين)** من المدونة: إن أوصى بثلثه لوارث وقال إن لم يجزه باقي الورثة فهو في السبيل لم يجز ذلك وهو من الغرر. **(بخلاف العكس)** من المدونة: لو قال داري في السبيل إلا أن ينفذها الورثة لابني ذلك نافذ على ما أوصى به. **(وبرجوع فيها وإن**

---

(١) رواه البخاري في كتاب الوصايا باب ٦. أبو دواد في كتاب الوصايا باب ٦ كتاب البيوع باب ٨٨. الترمذي في كتاب الوصايا باب ٥. النسائي في كتاب الوصايا باب ٥. ابن ماجة في كتاب الوصايا باب ٦. الدارمي في كتاب الوصايا باب ٢٨. أحمد في مسنده (١٨٦/٤، ١٨٧، ٢٣٨).

أَوْ بَيْعٍ، وَعِتْقٍ، وَكِتَابَةٍ وَإِيلاَدٍ، وَحَصْدِ زَرْعٍ، وَنَسْجِ غَزْلٍ،

أبطلت كل وصية تقدمت فإنها تبطل إلا وصية قال لا رجوع لي فيها فإنها لا تبطل حتى ينص عليها انتهى. ونقله في الشامل. وذكر المشذالي في حاشيته على المدونة في كتاب الوصايا الأول خلافاً عن الشيوخ فيما إذا التزم عدم الرجوع عن الوصية، ونقل عن ابن عرفة أنه قال في مختصر الحوفية، فلو التزم عدم الرجوع لزمه على الأصح. وفي بعض النسخ على المشهور وفي مختصره الفقهي: فلو التزم عدم الرجوع ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ابن علوان ثالثها إن كانت بعتق. ص: **(بقول)** ش: يعني أن الدال على الرجوع إما قول أو فعل. والفعل يكون بأحد وجهين: أحدهما ما ينقل الملك ويمنع من نقله كالبيع والعتق والاستيلاد، والثاني أن يفعل فعلاً يبطل رسم الموصى به انتهى. ص: **(أو بيع)** ش: قال في الشامل: إلا أن يشتريه ثانياً على المعروف بخلاف مثله وهو معنى قول المصنف بعد هذا: «أو بثوب فباعه أو اشتراه بخلاف مثله» ص: **(وكتابة)** ش: قال في الشامل: ولا تعود لعجز على المنصوص. وقال في التوضيح: ينبغي إذا عجز المكاتب في حياة السيد أن تعود الوصية فيه كما يعود في البيع الموصى به على أحد القولين، وها هنا أولى لأن الكتابة لا تنقل الملك انتهى. وقال ابن عرفة: قال ابن شاس: الكتابة رجوع ولم أجدها لغير الغزالي، وأصول المذهب توافقه لأن الكتابة إما بيع أو عتق وكلاهما رجوع وهي في البيع الفاسد فوت. هذا إن لم يعجز. وإن عجز فليس بفوت. انتهى من ابن غازي. فجزم ابن عرفة بأنها ليست بفوت مع العجز كما بحثه الشيخ خليل فتأمله والله أعلم. ص: **(وحصد زرع)** ش: ظاهره أن الحصد وحده كافٍ في الرجوع. وقال ابن الحاجب: وإن درس الحب وكاله وأدخله بيته فرجوع بخلاف الحصاد وجز الصوف وجذاذ الثمرة. قال في التوضيح: يعني أن من أوصى برزع فحصده وزرعه وكاله وأدخله بيته

بمرض بقول) ابن عرفة: يجوز رجوع الموصي عن وصيته إجماعاً في صحة أو مرض، فلو التزم فيها عدم الرجوع ففي لزومها اختلاف بين متأخري فقهاء تونس انتهى. ولم ينقل ابن الحاج وابن سلمون إلا قول أبي إسحاق التونسي: لو قال في الوصية لا رجوع لي فيها أو فهم عنه إيجاب ذلك على نفسه لكانت كالتدبير ولم يكن له رجوع عن ذلك. الباجي: لا خلاف في الرجوع عن الوصية بالقول والفعل **(أو بيع أو عتق أو كتابة)** ابن حارث: اتفقوا فيمن أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو وهبه أو أعتقه أن ذلك رجوع **(وكتابة)** ابن شاس: والكتابة رجوع. ابن عرفة: لم أجده في المذهب والأصول توافقه. **(وإيلاد)** ابن كنانة: من أوصى لرجل بجارية فله وطؤها ولا تنتقض وصيته إلا أن تحمل من سيدها **(وحصد زرع)** لو قال «ودرس زرع» لتنزل على ما يتقرر. قال ابن القاسم: إن أوصى بزرع فحصده أو بثمر فجذه أو بصوف فجزه فليس برجوع إلا أن يدرس القمح ويكتاله ويدخله بيته فهذا رجوع. الباجي: بالدرس والتصفية انتقل اسمه عن الزرع إلى اسم القمح والشعير فكان رجوعاً. **(ونسج غزل)**

وَصَوْغِ فِضَّةٍ، وَحَشْوِ قُطنٍ، وَذَبْحِ شَاةٍ، وَتَفْصِيلِ شقةٍ، وَإِيصَاء بِمَرَضٍ أَوْ سَفَرٍ انْتَفَيَا، قالَ: إنْ مِتُّ فِيهِمَا، وَإِنْ بِكِتَابٍ، وَلَمْ يُخْرِجْه. أَوْ أَخْرَجَهُ، ثُمَّ آسْتَرَدَّهُ بَعْدَهُمَا،

فذلك رجوع لأنه أبطل اسم الزرع ونقله إلى اسم القمح بخلاف جز الصوف وجذاذ الثمرة فإنه لم ينقل الملك ولا أبطل اسمه فلا يعد رجوعاً، ولو أدخلها بيته. ومسألة درس القمح هو نص قول ابن القاسم في المجموعة. وقال الباجي: ينقل بالحصاد والدراس قال: وقوله «أدخله بيته» تأكيداً لقصده، وكذلك قوله «اكتاله» إنما يريد بلغ حد الاكتيال انتهى. وقال في الشامل: وحصد زرع مع درسه انتهى. وقال ابن عرفة الشيخ: لابن القاسم في المجموعة: إن أوصى بزرع فحصده أو بصوف فجزه فليس برجوع إلا أن يدرس القمح ويكتاله ويدخله بيته ثم ذكر بقية كلام الباجي. **ص: (وحشو قطن) ش:** قال في التوضيح: وينبغي أن يقيد حشو القطن بما إذا حشي في الثياب، وأما إذا حشي في المخدة ونحوها فلا. انتهى. قال في الشامل: وحشو قطن في ثوب ونحوه انتهى. **ص: (وتفصيل شقة) ش:** احترز بقوله: «شقة» مما إذا أوصى له بثوب ثم قطعه قميصاً إذ القميص يسمى ثوباً. قال في الشامل: وتفصيل شقة لا إن قال ثوبي هذا ثم قطعه قميصاً أو لبسه في مرضه إذ القميص يسمى ثوباً انتهى. **ص: (وإيصاء بمرض أو سفر انتفيا قال إن مت فيهما وإن بكتاب ولم يخرجه أو أخرجه ثم استرده بعدهما) ش:** أي وكذلك تبطل الوصية إذا كانت في المرض أو عند سفر أراده ثم زال المرض والسفر، وهذا معنى قوله: «انتفيا» والحال أنه قال في وصيته إن مت من مرضي أو في سفري، وسواء أشهد على ذلك ولم يكتب في كتاب أو كتبه في كتاب ولم يخرجه من يده أو أخرجه ثم استرده. أما إذا أشهد على ذلك ولم يكتبه في كتاب فلا خلاف أن الوصية تبطل إذا زال المرض أو السفر، ولا خلاف أنها تصح إذا حصل الموت فيهما. وأما إذا كتبها في كتاب ولم يخرجه من

الشيخ عن ابن القاسم: لو أوصى بغزل فحاكه ثوباً أو برداء فقطعه قميصاً فهو رجوع. وقاله أشهب وزاد: أو بفضة فصاغها خاتماً أو بشاة ثم ذبحها، فهو كله رجوع لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى به. قال: وكذا قطن ثم حشي به أو غزله. **(وصوغ فضة)** تقدم قول أشهب: وبفضة فصاغها **(وحشو قطن)** تقدم قول أشهب: وكذا بقطن ثم حشي به. **(وذبح شاة)** تقدم قول أشهب: أو بشاة ثم ذبحها **(وتفصيل شقة)** تقدم قول ابن القاسم: أو برداً فقطعه قميصاً. **(أو إيصاء بمرض أو سفر انتفيا قال إن مت فيهما وإن بكتاب ولم يخرجه أو أخرجه ورده بعدهما)** من ابن يونس قال ابن القاسم: من قال لعبده لفظاً بغير كتاب أو بكتاب أقره عنده إن مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حر، أو قال لفلان كذا، فهذه وصية عند مالك إن مات قبل أن يغيرها جازت من ثلثه إن مات من مرضه ذلك أو في سفره، فإن قدم أو برىء ولم يغير ما قال حتى مات فذلك باطل إلا أن يكون كتب بذلك كتاباً ووضعه على يدي غيره وأقره على حاله ولم يقبضه حتى مات. سحنون: وإن أخره سنة بعد

يده فقال المصنف إنها تبطل بزوال المرض والسفر، وظاهره سواء كان أشهد في الكتاب أو لم يشهد. أما إذا أشهد عليها فحكى في التوضيح عن الباجي في ذلك روايتين. وكذلك ذكر ابن رشد في البيان لكن قال في التوضيح عن الباجي: وإن القول بعدم إنفاذها هو مشهور قول مالك من رواية ابن القاسم وغيره، وهو خلاف ظاهر كلام المصنف وابن الحاجب فإنهما حكما إذا لم يخرج الكتاب بالبطلان وظاهر كلامهما ولو كان أشهد عليهما، وأما إذا لم يشهد فقال في التوضيح عن العتبية والمجموعة: إنه لا يجوز ذلك ولو شهد عدلان أن ذلك خطه حتى يشهدهما عليه. قال: وقد يكتب ولا يعزم. وتأولها عياض وقال: معناه إذا كتبها ليشهد فيها، وأما إذا كتبها بخطه وقال إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ ذلك إذا عرف أن خطه كما لو أشهد. انتهى كلام العتبية الذي ذكره في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا. ويريد أن تلك الوصية لا تجوز ولو مات في مرضه ذلك أو سفره إذا لم يخرجها ولم يشهد إلا أن يكتبها ويقول إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي، فلينفذ على ما تأول عليه القاضي عياض مسألة العتبية لكنها إذا قيدها بمرضه أو سفره فإنما تنفذ إذا مات فيهما، وأما إذا لم يمت فيهما فيأتي فيها الخلاف لأنه جعلها بمنزلة ما لو أشهد فيها، وتقدم الخلاف في ذلك فتأمله. وأما إذا كتب وصيته في كتاب وأخرج الكتاب من يده ثم استرده بعد زوال المرض والسفر فلا خلاف في بطلان الوصية.

البرء أو القدوم فأقره في يده حتى مات فهو باطل وإن أشهد عليه، ومن كتب وصية في مرض أو صحة وأشهد عليه وأقرها عنده حتى مات فهي جائزة. قال ابن القاسم: وهذا إذا كانت الوصية مبهمة لم يذكر فيها موته من مرضه ولا في سفره انتهى. وانظر إذا كانت الوصية مقيدة بمرض بعينه أو بملك بعينه أو وقت بعينه وما أشبه ذلك ولم يكتب بها كتاباً وإنما أشهد بها خاصة ثم مات بعد ذلك الوقت. نزل مثل هذه النازلة ورجعت عن فتواي فيها للاطلاع عن قول أصبغ في نوادر ابن أبي زيد وعلى ما في البيان قال ابن رشد: لم يختلف قول مالك أن هذه الوصية لا تنفذ. قال: وكذا إن أوصى في مرض أو سفر وقال إن مت ولم يزد أو قال من مرضي هذا أو سفري هذا أو أوصى ولم يذكر الموت بحال، فإن أشهد بذلك في غير كتاب لم تنفذ الوصية إلا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر. قال الباجي: ووجه بطلان الوصية إذا لم يقيدها في كتاب ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برىء من مرضه أنه لم يبق لوصيته أثر يكون في استدامتها استدامة لها، والإشهاد إنما اختص بوقت معين فلم يتعد إلى غيره. ومن جملة ما رشحت به ما رجعت إليه قول ابن رشد لا تكون الوصايا بشك كما لا يكون الميراث به، وكما قالوا في الشهادة بعد الموت بالطلاق أنها ترثه بفوت الأعذار إليه. قال مالك: وما أدراك ما الذي كان يدرأ به عن نفسه فأوجب لها الميراث.

وَلَوْ أَطْلَقَهَا، لاَ إِنْ لَمْ يَسْتَرِدَّهُ، أَوْ قَالَ مَتَى حَدَثَ المَوْتُ أَوْ بَنَى العَرْصَةَ، وَاشْتَرَكَا.

ص: **(ولو أطلقها لا إن لم يسترده)** ش: لما ذكر أنه إذا كانت الوصية مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجه من يده ثم استرده أنها تبطل، ذكر هاهنا أنها تبطل أيضاً إذا كانت مطلقة أي غير مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجها ثم استرده من يد من جعلها عنده. وقال في التوضيح: وحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها، وذكر عياض أن ابن شبلون وغيره تأولوا الكتاب على ذلك. وأن ظاهر تأويل أبي محمد إنما يضر استرجاع المقيدة لا المبهمة، وأن أبا عمران تردد في ذلك انتهى. واقتصر في البيان على حكاية البطلان ولم يصرح بنفي الخلاف، وظاهر كلام المصنف أنه مشى على ذلك ولكن في قول المصنف: «ولو أطلقها» بعض قلق لأنه فرض أولاً في المقيدة ثم بالغ في الإطلاق، ولو شبه المطلقة بالمقيدة فقال: «كأن أطلقها» لكان أبين وأحسن انتهى. وقوله: «لا إن لم يسترده» أي لا إن لم يسترد الكتاب بعد أن أخرجه فلا تبطل الوصية، وسواء كانت مطلقة أو مقيدة. ونقله في التوضيح وقاله في البيان. ص: **(أو قال متى حدث الموت)** ش: يعني أن الوصية تمضي ولا تبطل إذا قال متى حدث الموت، وسواء قال ذلك في مرض أو سفر أو في صحة، وسواء مات في ذلك المرض أو السفر أو بعدهما، وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره فإنها تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يكون كتبها في كتاب وأخرجه من يده ثم استرده فإنها تبطل كما تقدم.

تنبيه: قال الشارح: ومثل قوله: «متى حدث الموت» قوله: «إن مت أو إذا مت» ونحوه في التوضيح قال: وسواء قالها في الصحة أو في المرض ونصه: وإن أطلق الوصية فقال متى حدث الموت أو إن مت أو إذا مت فإنها ماضية. وظاهره يعني كلام ابن الحاجب سواء كتبها في كتاب أم لا، استرجعها أم لا. أما إن لم يكتبها فقال غير واحد إنها نافذة أبداً لا ينقضها إلا تغيرها، قالها في صحته أو في مرضه. وإن كانت بكتاب وأشهد فيه فهي ماضية بالاتفاق، سواء أقرها عنده إلى الموت أو جعلها على يد غيره حتى مات. وأما إن قبضها من يد من جعلها على يديه. سواء قبضها في الصحة أو في المرض، فحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها انتهى. ثم ذكر كلام عياض المتقدم عن ابن شبلون وتأويل أبي محمد، فظاهره أنه

(ولو أطلقها) قد تقدم قول مالك: من كتب وصيته وأشهد عليها وأقرها عنده أنها جائزة إذا كانت مبهمة لم يذكر فيها موته من مرضه ولا في سفره. **(لا إن لم يسترده أو قال متى حدث الموت)** تقدم قول مالك: إنما تنفذ وصية المسافر والمريض إذا جعلها بيد رجل ولم يقبضها منه حتى مات. قال سحنون: وإن أخذه منه بعد البرء أو القدوم فأقره في يده حتى مات فهي باطل. **(أو بنى العرصة واشتركا)** وسمع أصبغ: من أوصى بمزود حريرة ثم لتها بسمن أو عسل فليس برجوع ويكون شريكاً فيها بقدرها من قدر لتاتها كالثوب يصبغه والبقعة يبنيها. وقال أشهب: ذلك رجوع انتهى.

كَإِيصَائِهِ بِشَيْءٍ لِزَيْدٍ، ثُمَّ لِعَمْرٍو، وَلاَ بِرَهْنٍ، وَتَزْوِيجِ رَقِيقٍ، وَتَعْلِيمِهِ، وَوَطْءٍ، وَلاَ إِنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ فَبَاعَهُ.

إذا قال إن مت أو إذا مت وكان مريضاً أنها تنفذ ولو صح من ذلك المرض، وهكذا قال في التنبيهات ونصه: إذا كان إشهاده في غير كتاب في المبهمة فهي ماضية أبداً لا ينقضها إلا تغيرها ونسخها أشهد في مرضه أو صحته انتهى. وهو خلاف ما قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم ونصه: إن أوصى في صحته دون سفر ولا مرض، فسواء قال فيها متى مت أو إذا مت. وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يسترجع الكتاب بعد أن وضعه عند غيره فتبطل بذلك وصيته، وكذلك إن أوصى في مرض أصابه وعند سفر أراده فقال في وصيته متى مات، وأما إن أوصى في مرض أصابه أو عند سفر أراد لغزو فقال إن مت ولم يزد، أو قال من مرضي هذا. وكذلك إن أوصى في مريض أصابه أو عند سفر أراده لغزو فقال في وصيته إن مت في سفري هذا ولم يزد، أو قال من مرضي هذا، أو قال يخرج عني كذا وكذا ولم يذكر الموت بحال؛ فإن كان أشهد بذلك بغير كتاب لم تنفذ الوصية إلا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر. واختلف قول مالك إن أقر الكتاب وإن كتب بذلك كتاباً وضعه عند غيره بكل حال نفذت وإن مات من غير ذلك المرض وفي غير ذلك السفر. واختلف قول مالك إن أقر الكتابة عنده، فمرة قال تنفذ على كل حال متى مات، ومرة قال لا تنفذ إلا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر. وجه الأول أن إبقاءه الكتاب بعد برئه وقدومه دليل على إلغائه والتنفيذ لها، ووجه الثاني اعتبار زائد ظاهر لفظه، والأول أظهر من جهة المعنى، والثاني من جهة اللفظ. وكذا إذا قال وهو صحيح دون مرض أصابه ولا سفر أراده إن مت في هذا العام فيخرج عني كذا وكذا، وهو بمنزلة ما إذا قال إن مت في مرضي هذا أو سفري هذا. انتهى والله أعلم. ص: **(كإيصائه بشيء لزيد ثم به لعمرو)** ش: يعني أن من أوصى بشيء لإنسان ثم أوصى به لآخر فإنهما يشتركان فيه، وكذلك لو أوصى لواحد بثلثه ثم أوصى لآخر اشتركا

انظر لم لم يراع قول أشهب هنا وراعاه عند قوله: وفي نقض العرصة قولان. **(كإيصائه بشيء لزمه ثم به لعمرو)** من المدونة: من أوصى بشيء معين لرجل من دار أو ثوب أو عبد. ثم أوصى بذلك لرجل آخر فهو بينهما. **(ولا يرهن)** ابن عبدوس عن ابن القاسم: من أوصى بعبد ثم رهنه أو آجره فليس برجوع. وقاله مالك **(وتزويج رقيق وتعليمه ووطء)** ابن شاس: تزويج العبد والوطء مع العزل ليس برجوع. ابن عرفة: لم أجد مسألة تزويج الأمة في المذهب وأصوله تقتضيه وشرطه في الوطء العزل خلاف النص. انظر قبل هذا عند قوله: «وإيلاد». **(ولا إن أوصى بثلث ماله فباعه)** لما ذكر ابن الحاجب ما يبطل الوصية قال: بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله ثم باع جميعه. بهرام: إذ لا يختص ثلث المال بما عنده حال الوصية، بل المعتبر ما يملكه حال الموت، وسواء زاد أو نقص. قاله في النوادر.

كَثِيَابِهِ وَٱسْتَخْلَفَ غَيْرَهَا، أَوْ بِثَوْبٍ فَبَاعَهُ، ثُمَّ ٱشْتَرَاهُ، بِخِلاَفِ مِثْلِهِ، وَلاَ إِنْ جَصَّصَ الدَّارَ، أَوْ صَبَغَ الثَّوْبَ، أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِزِيَادَتِهِ وَفِي نَقْضِ العَرْصَةِ. قَوْلاَنِ، وَإِنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى فَالْوَصِيَّتَانِ كَنَوْعَيْنِ، وَدَرَاهِمَ، وَسَبَائِكَ، وَذَهَبٍ، وَفِضَّةٍ، وَإِلاَّ. فَأَكْثَرُهُمَا، وَإِنْ تَقَدَّمَ،

فيه، وكذلك لو أوصى لواحد بالثلث ثم لآخر بالنصف أو بالجميع لاشتركا في الثلث على نسبة الإجزاء. والله أعلم. ص: **(وإن أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان) ش:** يعني أن من أوصى لشخص بوصية ثم أوصى له بوصية أخرى. فالوصيتان له يعني والوصيتان من نوع واحد وهما متساويان يدل على ذلك قوله: «وإلا فأكثرهما». وقوله: «كنوعين» فعلم أن فرض المسألة أولاً في كلامه فيما إذا كانتا من نوع واحد وهما متساويتان لأن تشبيهه بالنوعين دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد. وقوله: «فأكثرهما» دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد مع التساوي. وقد قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو أوصى لواحد بوصية بعد أخرى من صنف واحد وإحداهما أكثر فأكثر الوصيتين. وقول المصنف:

(كثيابه واستخلف غيرها) ابن رشد: من عم في وصيته فقال ثيابي أو رقيقي أو غنمي لفلان أو للمساكين فاستبدل بهم وأفاد غيرهم فوصيته تنفذ فيما ملك يوم موته، ولو كانوا غير الذي في ملكه يوم أوصى انتهى. وانظر إذا أوصى بدنانير فتغيرت السكة ولم يدع وصيته المنصوص أن للموصى له سكة الناس يوم يموت الموصى. انظر قد لا تتنوع السكة ويتنوع المعيار أو الجنس، هل يقال إنما هو تنوع سكة؟ كنت أفتيت بهذا ورجعت عن فتواي. **(أو بثوب فباعه واشتراه)** ابن الحاجب: لو باع العبد الموصى به ثم اشتراه ففي رجوع لوصية قولان. عن ابن عرفة: لا أعرف من نقل القول الثاني وإنما نقل الباجي والصقلي القول الأول فقط **(بخلاف مثله)** قال مالك: من أوصى لرجل بسلاحه فيذهب سيفه ودرعه ثم يشتري سيفاً آخر ودرعاً آخر فهو للموصى له، وأما لو أوصى له بعبد بعينه فمات فأخلف غيره فبخلاف ذلك. ابن يونس: لأنه عينه وإذا لم يعين وأجمل فما وقع عليه ذلك الاسم من تركه فهو للموصى له. **(ولا إن جصص الدار وصبغ الثياب ولت السويق فللموصى له بزيادته)** ابن الحاجب: لو جصص الدار ولت السويق فللموصى له بزيادته. وعزا ابن يونس هذا لابن القاسم وأشهب قال: لأنه لم يغير الاسم عن حاله انتهى. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «بنى العرصة» **(وفي نقض العرصة قولان)** ابن القاسم: إذا أوصى له بدار فهدمها فالعرصة والنقض للموصى له. الباجي: وجهه أن الهدم ليس فيه أكثر من تفريق الأجزاء، ذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قميصاً انتهى. انظر هذا مع ما تقدم أنه إذا أوصى له برداء فقطعه قميصاً أنه رجوع. انظره قبل هذا عند قوله: «ونسج غزل» وقال أشهب: إذا أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فالعرصة للموصى له ولا وصية في النقض. الباجي: لأن اسم البناء لا يتناوله ولا اسم الدار بعد النقض فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذي علق عليه الوصية. **(وإن أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان كنوعين دراهم وسبائك وذهب وفضة وإلا فأكثرهما وإن تقدم)** روى ابن القاسم وغيره عن مالك فيمن أوصى

....

«وإحداهما أكثر» يخرج ما إذا كانتا متساويتين. وذكر الباجي في المتساويتين قولين مثل أن يوصي له بعشرة ثم بعشرة الأول، لمالك وأصحابه له العددان جميعاً، وحكى في المعونة أن له أحدهما لجواز التأكيد، ابن زرقون: وانظر قوله هذا مع قول مالك وأصحابه وفي الموازية عن مالك من رواية ابن القاسم أن له أحدهما مثل قول عبد الوهاب. انتهى. ص: **(وإلا فأكثرهما إن تقدم)** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: إذا قال أعطوا فلاناً مائة ولم يقل مائة دينار ولا درهم، فإن دل سياق كلامه على الدنانير أو الدراهم حمل عليه كأن يقول: أعطوا فلاناً مائة دينار ذهباً وفلاناً مائة. فتحمل على الذهب، وأعطوا فلاناً مائة درهم وفلاناً عشرة فتحمل على الدراهم، وإن لم يدل سياق كلامه على شيء فإنه يحمل على الغالب في البلد من الدنانير أو الدراهم، فإن لم يغلب أحدهما حمل على الأقل وهو الدراهم. قاله في رسم الصلاة من سماع يحيى. وفي أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا. قال: وفي معين الحكام: وإن أوصى له بعين ولم يبين سكنها دفع له الأكثر جرياناً فإن استوى جريهما دفع له الأقل إلا أن يتبين أنه أراد الأكثر. وكذلك لو أوصى له بعدد أمداد من الطعام ولم يبين قمحاً ولا شعيراً أجرى الأمر على ما ذكر. وقال قبله بنحو الورقة مسألة: إذا ذكر الموصي في وصيته أن تنفذ وصيته من سكة كانت تجري من تاريخ الوصية ثم توفي الموصي وقد انقطعت تلك السكة، فإنها تنفذ وصيته من تلك السكة التي كانت تجري يوم الوصية إلا أن يقول في وصيته إنها تكون من النقد الجاري يوم تنفيذ الوصية فيكون كما عهد، فإن وقعت الوصية مسجلة يعني مطلقة ولم يشترط صفة فإنها تكون مما يجري يوم التنفيذ، وذلك بخلاف الكوالىء والدين انتهى.

مسألة: قال في باب الوصايا من معين الحكام: إذا أوصى أن يعطي إناء فألفى مملوءاً

لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عدداً أو أكثر، فإن له أكثر الوصيتين. الباجي: ووجه هذا أن هاتين وصيتان من جنس واحد فكان له أكثرهما كما لو كانت الأولى أقل عدداً، وعلى حسب هذا تجري الوصيتان في الذهب والفضة والعروض التي تكال أو توزن أو الحيوان والدور والثياب وغير ذلك ما لم يكن في شيء معين. ورُوي عن ابن حبيب أن له في العروض الوصيتين لأن التماثل فيها معدوم. ووجه القول الأول أنهما وصيتان متماثلتان كالمكيل والموزون، وإذا ثبت هذا فلا خلاف أن الدراهم من سكة واحدة متماثلة، وكذلك الأفراس والإبل والعبيد، وأما الدنانير والدراهم فقال مالك: إنهما متماثلان لأنهما صنف واحد في الزكاة. وقال ابن القاسم: هما غير متماثلين لأن التفاضل بينهما جائز. فإذا قلنا بقول مالك وأوصى له بدنانير ثم أوصى له بدراهم فإنه يعتبر الأقل والأكثر بالصرف. انتهى من المنتقى. يبقى النظر إذا أوصى له بدراهم ثم بسبائك أو بقمح ثم بشعير. نقل في المنتقى عن محمد أن ذلك مثل ما إذا أوصى له بدراهم ثم بدنانير فله الوصيتان على قول ابن القاسم. ويبقى

وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِثُلُثِهِ. عَتَقَ، إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ، وَأَخَذَ بَاقِيهُ وَإِلاَّ قُوِّمَ فِي مَالِهِ؛ وَدَخَلَ الفَقِيرُ فِي الْمِسْكِينِ، كَعَكْسِهِ، وَفِي الأَقَارِبِ، والأَرْحَامِ، وَالأَهْلِ أَقَارِبُهُ لأُمِّهِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ أَقَارِبُ لأَبٍ وَالْوَارِثُ. كَغَيْرِهِ، بِخِلاَفِ أَقَارِبِهِ هُوَ، وَأُوثِرَ الْمُحْتَاجُ الأَبْعَدُ، إِلاَّ لِبَيَانٍ. فَيُقَدَّمُ الأَخُ، وَابْنُهُ، عَلَى الْجَدِّ، وَلاَ يُخَصُّ،

دنانير أو دراهم، فإن علم الناس أنه مما يدفع فيه ذلك أعطي بما فيه وإلا أعطي الإناء وحده، وكذلك لو أوصى بزق فألفى مملوءاً عسلاً أو سمناً دفع له بما فيه. انتهى. ص: **(ودخل الفقير في المسكين كعكسه)** ش: تصوره واضح.

مسألة: قال القرطبي في تفسير: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة: ٦٠] المسألة الرابعة وهي فائدة الخلاف في الفقراء والمساكين، هل هما صنف واحد أو أكثر؟ فيظهر فيمن أوصى بثلث ماله للفقراء وللمساكين ممن قال هما صنف واحد قال: يكون لفلان نصف الثلث وللفقراء والمساكين النصف الثاني، ومن قال هما صنفان قال: يقسم الثلث بينهم أثلاثاً

النظر إذا أوصى له بعددين متساويين في العدد والجنس مثل أن يوصي له بعشرة دنانير ثم يوصي له بعشرة دنانير فقال مالك وابن القاسم: له العددان جميعاً. الباجي: وإن كان ما أوصى به معيناً كعبد بعينه ثم أوصى له بعبد آخر بعينه فله الوصيتان. **(ومن أوصى لعبد بثلثه عتق إن حمله الثلث وأخذ باقيه وإلا قوم من ماله)** من المدونة: من أوصى لعبده بثلث ماله وقيمته الثلث عتق جميعه، وما فضل عن الثلث كان للعبد، وإن لم يحمله الثلث عتق محمله. قال ابن القاسم: إن لم يحمله الثلث وللعبد مال استتم منه عتق نفسه. **(ودخل الفقير في المساكين كعكسه)** ابن شاس: يدخل الفقير في لفظ المساكين والعكس. ابن عرفة في هذا نظر إن لم يكن الموصي عاصياً **(وفي الأقارب والأرحام والأهل أقاربه لأمه وإن لم يكن له أقارب لأب والوارث كغيره بخلاف أقاربه هو وأوثر المحتاج الأبعد إلا لبيان فيقدم الأخ وابنه على الجد ولا يخص)** انظر هل نقص هنا شيء. وعبارة ابن الحاجب: إذا أوصى لأقارب فلان دخل الوارث وغيره من الجهتين بخلاف أقاربه هو للقرينة الشرعية ويؤثر في الجميع ذو الحاجة، وإن كان أبعد ولي أوصى للأقرب فالأقرب فضل الأقرب، وإن كان أكثر يساراً فضل الأخ على الجد والأخ للأب على الأخ للأم، ولا يعطى الأقرب الجميع بخلاف الوقف اهـ. قال ابن حبيب: قوله: «لقرابتي أو لرحمي أو لذي رحمي أو لأهلي أو لأهل بيتي» الحكم في ذلك كله واحد. قال ابن شاس: إذا أوصى لأقارب زيد دخل فيه الوارث والمحرم وغير المحرم، ويدخل فيه كل قريب من جهة الأب والأم. ولو أوصى لأقارب نفسه خرج ورثته بقرينة الشرع، ولو أوصى للأقرب فالأقرب فضل الأقرب اهـ. فهذه ثلاثة مسائل: أما المسألة الأولى: إذا أوصى لأقارب زيد فلا فرق بينهما وبين المسألة الثانية، وهي وصية لأقارب نفسه إلا في خروج الوارث. نقل الباجي عن مالك فيمن أوصى لأقاربه أن ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه. قال أشهب: يدخل فيه كل رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم. ابن حبيب: ويدخل في ذلك الأعمام والعمات والأخوال

وَالزَّوْجَةُ فِي جِيرَانِهِ لاَ عَبْدٌ مَعَ سَيِّدِهِ، وَفِي وَلَدٍ صَغِيرٍ وَبِكْرٍ: قَوْلاَنِ، وَالْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ إِنْ لَمْ يَسْتَثْنِهِ، وَالأَسْفَلُونَ فِي الْمَوَالِي، وَالْحَمْلُ فِي الْوَلَدِ، وَالْمُسْلِمُ يَوْمَ الوَصِيَّةِ فِي عَبِيدِهِ الْمُسْلِمِينَ،

انتهى. وقال ابن عرفة: قول ابن شاس يدخل الفقراء في لفظ المسكين والعكس ظاهره ولو على

والخالات. وقال ابن القاسم: لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الأم، ولو كان بعض أقاربه مسلمين وبعضهم نصارى فقال أشهب: يسوى بينهم في ذلك. وأما المسألة الثالثة: وهي إذا أوصى للأقرب فالأقرب فقال ابن القاسم: من أوصى بثلثه للأقرب فالأقرب فليفضل الأقرب فالأقرب ما لم يكونوا ورثته فإنه لم يرد بوصيته ورثته، والأخ أقرب من الجد ثم الجد ثم العم فيعطي الأخ أكثر وإن كان أيسرهما ثم الجد ثم العم على نحو هذا. اهـ من ابن يونس. زاد ابن شاس: وإن كانت وصيته على وجه الحبس فالأخ أولى وحده ولا يدخل معه غيره، فإذا هلك صارت لمن بعده، ونحو هذا في سماع أصبغ. قال ابن رشد: قوله في الحبس لا يدخل مع الأخ غيره معناه إن كانت وصية بسكنى الأقرب فالأقرب، ولو كانت بغلة حبس يقسم عليهم الأقرب فالأقرب دخل الأبعد مع الأقرب بالاجتهاد اهـ. وانظر في الوصايا الثالث من ابن يونس أن من أوصى بحبس داره على بني فلان أوثر أهل الحاجة، وأما الوصايا فإنها تقسم بالسوية. وقد تبين بهذا أن قوله إلا لبيان مثل أن يقول الأقرب فالأقرب، فلو صرح بها لم يكن إشكال في كلامه أولاً. ويحتمل إلا لبيان أن ينص على أن لا يؤثر ذو الحاجة على غيره. **(والزوجة في جيرانه)** قال عبد الملك: من أوصى لجيرانه أعطي الجار الذي اسم المنزل له ولا يعطي اتباعه ولا الصبيان ولا ابنته البكر ولا خدمه، وتعطى زوجته وولده الكبير البائن عنه بنفقته والجار المملوك إذا كان يسكن بيتاً على حدته أعطي، كان سيده، جاراً أم لا. ولسحنون: يعطى ولده الأصاغر وأبكار بناته. قال عبد الملك: وإن كانت غلة تقسم فهو لمن حضر القسم في كل غلة. وحد الجار الذي لا شك فيه ما كان مواجهه وما لصق بالمنزل من ورائه وجنباته. **(لا عبد مع سيده)** تقدم أن الجار المملوك يعطى إن كان يسكن بيتاً على حدته. **(وفي ولد صغير وبكر قولان)** تقدم عزوهما لسحنون وعبد الملك **(والحمل في الجارية)** بهرام: لو أوصى له بأمة أو بولدها دخل حملها ما لم يستثنه. من المدونة: من أوصى بعتق أمته بعد موته. بسنة والثلث يحملها، فما ولدت بعد موته وقبل مضي السنة فهو بمنزلتها يعتقون بعتقها. **(إن لم يستثنه)** ابن عرفة: قول ابن الحاجب: «إلا أن يستثنيه» هو مقتضى قول الشيخ. **(والأسفلون في الموالي)** من المدونة: من أوصى بثلثه لموالي بني فلان وله موالي نعمة أنعموا عليه وموالي أنعم هو عليهم، كان لمواليه الأسفلين دون الأعلين. **(والحمل في الولد)** من المدونة: تصح الوصية بالحمل وبالثمرة الآتية. ابن وهب: إن قال أوصيت لفلان بما ولدت جاريتي هذه أبداً إن كانت يوم أوصى حاملاً فهو له. ابن رشد: إن لم يمت حتى ولدت أولاداً فله كل ما ولدت في حياته. كانت حاملاً يوم أوصى أو لم تكن إلا أن يرجع عن وصيته فيهم. **(والمسلم يوم الوصية في عبيده المسلمين)** من المدونة: إن قال إذا مت فكل مملوك لي مسلم حر، وله عبيد مسلمون ونصارى ثم أسلم بعضهم قبل موته لم يعتق منهم إلا من كان يوم الوصية مسلماً لأني

لاَ الْمَوَالِي فِي تَمِيمٍ، أَوْ بَنِيهِمْ، وَلاَ الْكَافِرُ فِي ٱبْنِ السَّبِيلِ، وَلَمْ يَلْزَمْ تَعْمِيمٌ، كَغُزَاةٍ، وَٱجْتَهَدَ، كَزَيْدٍ مَعَهُمْ، وَلاَ شَيْءَ لِوَارِثِهِ قَبْلَ الْقَسْمِ، وَضُرِبَ لِمَجْهُولٍ فَأَكْثَرَ بِالثُّلُثِ،

عدم الترادف وهو صواب إن كان الموصي عامياً وإلا ففيه نظر. انتهى. **ص: (ولم يلزم تعميم كغزاة) ش:** اعلم أن الموصى له إذا كان معيناً كفلان أو أولاد فلان ويسميهم، فلا خلاف أنه

لا أراه أراد غيرهم. **(لا الموالي في تميم أو بنيهم)** من المدونة: من أوصى بثلثه لبني تميم أو قيس جازت وصيته وقسمت على الاجتهاد لأنا نعلم أنه لم يرد أن يعم قيساً كلهم ولا شيء فيها للموالي. أشهب: أما إن قال لتميم فيعطي لمواليهم، وأما إن قال بني فلان فلا. ابن الماجشون: وذلك سواء. **(ولا الكافر في ابن السبيل)** إذا أوصى لابن السبيل فقال مالك: لا يندرج. **(ولم يلزم تعميم كغزاة)** ابن الحاجب: لا يلزم تعميم القبيلة الكبيرة كالغزاة والمساكين ونحوهم. ومن المدونة: إن كانت الوصية لقوم مجهولين لا يعرف عددهم لكثرتهم كقوله على بني تميم أو المساكين فإنما يكون ذلك لمن حضر القسمة منهم. قال مالك: ومن أوصى بثلثه لولد ولده فذلك جائز إذا كانوا غير ورثته. قلت: فإن مات بعضهم وولد غيرهم بعد موت الموصى قبل قسمة المال؟ قال: فذلك لمن حضر القسم. وقد قال مالك فيمن أوصى لأخواله وأولادهم أو لمواليه بثلثه فمات منهم بعد موته نفر وولد لآخرين منهم وذلك قبل قسم المال، فإنما يكون الثلث لمن أدرك القسم منهم، قال ابن القاسم: فكذلك مسألتك بخلاف ما إذا ذكر قوماً بأعيانهم اهـ. وقد تقدم أن الوصية تقسم بالسواء بخلاف الحبس فالأمر بالحبس أوسع. انظر على هذا إذا مات طالب العلم، هل لورثته طلب ما انكسر له من المرتب وإنما هو كراء رباع وثمن ماء ونحو ذلك. البرزلي: كان من يستفتي بالمدرسة يحسب ما انكسر للطالب ويأخذه ورثته. وقال ابن عرفة: هذه مشقة إذا استحقها السابق ومات أخذ ذلك وارثه دون من هو بها الآن. وأفتى أن من مات أو رحل بطل ما انكسر له وهذا هو الصواب لا يستحقه إلا من حضر كما قال مالك: إذا كان لمجهول من يأتي فلا يأخذ منه إلا من حضر القسم، وهذا في الطلبة واضح. يبقى النظر في المؤذن والإمام والبواب هل هي إجارة تتعين لهم متى خدموا؟ وتبقى مسائل إذا خرج المرتب وقد غاب بعض الطلبة هل يبقى موقوفاً عليه حتى يرجع. وشاهدت ابن عرفة لا يعمل حساباً لمن غاب. وتوفي طالب قبل طياب الزيتون فطلب والده حظه من الزيتون فأفتى ابن عرفة: لا شيء له حتى يطيب الزيتون وهو حي. **(واجتهد كزيد معهم)** من المدونة من قال ثلث مالي لفلان وللمساكين أو قال في السبيل والفقراء واليتامى، قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثاً ولا أنصافاً. **(ولا شيء لوارثه قبل القسم)** ابن الحاجب: إن أوصى بثلثه لزيد والفقراء أعطي زيد بالاجتهاد، فإن مات قبل القسم فلا شيء لورثته ويكون جميع الثلث للمساكين. ومن المدونة أيضاً: من قال ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما غني والآخر فقير، فالثلث بينهما نصفان، وإن مات أحدهما بعد موت الموصى ورث نصيبه ورثته. **(وضرب لمجهول فأكثر بالثلث)** ابن الحاجب: إن كان في الوصية مجهول كوقود مصباح على الدوام أو تفرقة خبز ونحوه ضرب له بالثلث ووقفت حصته. ومن المدونة: من أوصى بشيء يخرج كل يوم إلى غير

وَهَلْ يُقْسَم عَلَى الْحِصَصِ، قَوْلاَنِ، وَالْمُوصَى بِشَرَائِهِ لِلْعِتْقِ. يُزَادُ لِثُلُثِ قِيمَتِهِ ثُمَّ اسْتُؤْنِيَ، ثُمَّ وُرِثَ، وَبِبَيْعٍ مِمَّنْ أَحَبَّ بَعْدَ النَّقْصِ وَالإِبَايَةِ، وَاشْتِرَاءٍ لِفُلاَنٍ، وَأَبَى بُخْلاً بَطَلَتْ، وَلِزِيَادَةٍ: فَلِلْمُوصَى لَهُ، وَبِبَيْعِهِ لِلْعِتْقِ نُقِّصَ ثُلُثُهُ، وَإِلاَّ خُيِّرَ الْوَارِثُ فِي بَيْعِهِ، أَوْ عِتْقِ ثُلُثِهِ، أَوِ الْقَضَاءِ بِهِ لِفُلاَنٍ، فِي: لَهُ، وَبِعِتْقِ عَبْدٍ لاَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ الْحَاضِرِ، وُقِفَ، إِنْ كَانَ لأَشْهُرٍ يَسِيرَةٍ، وَإِلاَّ عُجِّلَ عِتْقُ ثُلُثِ الحَاضِرِ، ثُمَّ تُمِّمَ مِنْهُ،

يقسم بين الجميع بالسوية، ومن مات فلوارثه حصته، ومن ولد لم يدخل. وإن كان الموصى

أمد من وقيد في مسجد أو سقاء ماء أو خبز كل يوم بكذا وكذا أبداً وأوصى مع ذلك بوصايا، فإنه يحاص بهذا المجهول بالثلث ويوقف بذلك حصته. **(وهل يقسم على الحصة قولان)** اللخمي: إن اجتمع في الحصة مجهولان كعمارة مسجد أو إطعام مسكين، فقيل هي كمجهول واحد، وقيل لكل وصية منها ثلث، ابن عرفة: القول الأول لعبد الملك ولابن يونس. قال بعض الفقهاء: إذا أوصى بوقيد قناديل في مسجد كل ليلة للأبد وأن تسقى كل يوم راوية ماء، فينظركم ثمن الراوية في كل يوم وكم ثمن وقيد قناديل كل ليلة، فيقسم الثلث بينهما على قدر ذلك، وهذا خلاف ما ذكر عبد الملك لأنه قال: يقسم الثلث على عدد المجهولات. ووجه هذا أن كل مجهول لو انفرد لضرب له بالثلث، فإذا اجتمعوا قسم الثلث على عددهم اهـ. فقد حصل أن هذا القول معزو وموجه بخلاف القول الآخر. **(والموصى بشرائه للعتق يزاد ثلث قيمته ثم استؤني ثم وارث)** من المدونة: إن أوصى أن يشتري عبد فلان ويعتق فإنه يزاد فيه ما بينه وبين ثلث ثمنه لا ثلث الميت وإن لم يذكر أن يزاد، فإن أبى ربه من بيعه إلا بأكثر من ذلك فقال ابن القاسم: يستأنى بثمنه فإن بيع وإلا رد ثمنه ميراثاً. **(وبيع ممن أحب بعد النقص كالإباية)** من المدونة: إن قال في وصيته بيعوا عبدي ممن أحب أو ممن يعتقه فأبى المشتري أن يشتريه بمثل، ثمنه نقص من ثمنه ما بينه وبين ثلث ثمنه لا ثلث الميت، فإن طلب المشتري وضيعة أكثر من ثلث ثمنه خير الورثة في الذي يباع ممن أحب بين بيعه بما سئلوا أن يعتقوا ثلث العبد. وروى غير واحد: إن لم يجدوا من يشتريه إلا بأقل من وضيعة ثلث الثمن فليس عليهم غير ذلك. قال مالك: وذلك الأمر عندنا. قال: وأما الذي يباع ممن يعتقه فيخير الورثة بين بيعه منه بما أعطى أو يعتق ثلث العبد، وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك. **(وبشراء عبد فلان وأبى بخلاً بطلت ولزيادة فللموصى له)** من المدونة: إن قال اشتروا عبد فلان لفلان فامتنع ربه من بيعه غبطة به. وعبارة ابن شاس: ضناً به عاد ذلك ميراثاً وبطلت الوصية، وإن امتنع ربه من بيعه بمثل ثمنه زيد في ثمنه ما بينه وبين ثلث ثمنه، فلو امتنع ربه من بيعه بذلك ليزداد ثمناً دفع ثمنه وثلث ثمنه للموصى له. **(وبيعه لعتق نقص ثلثه والأخير الوارث في بيعه أو عتق ثلثه)** تقدم قول مالك: أما الذي يباع ممن يعتقه فيخير الورثة بين بيعه أو يعتقوا ثلث العبد. **(والقضاء به لفلان)** ابن شاس: إذا أوصى أن يباع عبده من فلان فيخير الورثة بين بيعه له بما أعطى أو القطع له بثلث العبد. **(وبعتق عبد لا يخرج من ثلث الحاضر وقف إن كان لا شهر يسيرة وإلا عجل عتق ثلث الحاضر ثم تمم منه)** من المدونة: من

وَلَزِمَ إِجَازَةُ الوَارِثِ بِمَرَضٍ لَمْ يَصِحَّ بَعْدَهُ، إِلاَّ لِتَبَيُّنِ عُذْرٍ بِكَوْنِهِ فِي نَفَقَتِهِ، أَوْ دَيْنِهِ أَوْ سُلْطَانِهِ، إِلاَّ أَنْ يَحْلِفَ مَنْ يَجْهَلُ مِثْلُهُ أَنَّهُ جَهِلَ أَنَّ لَهُ الرَّدَّ،

لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين والغزاة وبني تميم وبني زهرة ونحوهم مما لا يمكن الإحاطة بهم، فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم، بل تقسم بالاجتهاد ويكون لمن حضر القسم، ولا شيء لمن مات قبله، ومن ولد أو قدم قبله استحق. وإن كان الموصى لهم يمكن حصرهم ولكن الميت لم يعينهم كقوله لأولادي ولإخوتي وأولادهم أو لأخوالي وأولادهم ونحو ذلك. فاختلف فيه على قولين: فقيل: إنهم كالمعينين يقسم بينهم بالسوية ومن مات قبل القسم فنصيبه لوارثه، ومن ولد بعد موت الموصي لم يدخل. وقيل: كالمجهولين من مات قبل القسم لم يستحق. ومن ولد استحق ويقسم بينهم بالاجتهاد. وذكر ابن القاسم في المدونة أنه لمن حضر القسم ولا شيء لمن مات قبله ومن ولد قبله دخل، ثم ذكر أنه يقسم بينهم بالسوية. ففهم سحنون أن لابن القاسم قولين وجعله خلافاً. وقال ابن يونس: ليس بخلاف بل مذهبه أنه لمن حضر القسم وأنه يقسم بالسوية قال: وهو قول مالك وهذا هو الظاهر. انظر ابن يونس وأبا الحسن. وانظر الرجراجي فإن كلامه يقتضي أن المشهور أنه لمن حضر القسم إن كان أولاد فلان فلا يمكن زيادتهم. وانظر الشامل فيمن أوصى لقرابته.

فرع: فقراء الرباط والمدرسة الظاهر أنهم من هذا القسم والله أعلم. **ص: (ولزم إجازة الوارث بمرض) ش:** يعني إذا أوصى الميت بأكثر من الثلث أو لوارث كما فرض المسألة في

أوصى بعتق عبد وهو لا يخرج مما حضر وله مال غائب يخرج فيه فإن العبد يوقف لاجتماع المال، فإن اجتمع قوم في ثلثه وليس أن يقول اعتقوا مني ثلث الحاضر الساعة. قال سحنون: إلا أن يضر ذلك بالموصي وبالورثة فيما بعد جمعه ويطول. عياض: نحو هذا في الموازية إذا طال ذلك كالأشهر والسنة أنفذ الثلث. وفسر أشهب المسألة أنه يعتق منه ثلث الحاضر، ثم ما اقتضى من غائب أعتق من العبد قدر ثلثه. قال أبو عمران: يشبه أن يكون هذا تفسيراً لقول ابن القاسم. **(ولزم إجازة الوارث بمرض لم يصح بعده إلا لتبيين عذر ككونه في نفقته أو دينه أو سلطانه إلا أن يحلف من يجهل مثله أنه جهل أن له الرد)** من المدونة قلت: من أوصى في مرضه بأكثر من ثلثه فأجاز ورثته ذلك قبل موته قال: قال مالك: من غير أن يطلب الميت ذلك أو طلبهم فأجازوا ثم رجعوا بعد موته. قال: قال مالك: إن استأذنهم في مرضه فأذنوا له ثم رجعوا بعد موته، فمن كان عنه بائناً من ولد أخ أو ابن عم فليس ذلك لهم، وأما امرأته وبناته اللاتي لم يبن منه وكل من في عياله وإن كان قد احتلم وعصبته الذين يحتاجون إليه ويخافون إن منعوه وصح أضر بهم في منع رفده، فهؤلاء أن يرجعوا إذا برىء أن إجازتهم تلك خوفاً مما وصفنا. قال ابن القاسم: إلا أن يجيزوا وصيته بعد موته فلا يكون لهم أن يرجعوا، ويجوز ذلك عليهم إذا كانت حالهم مرضية، ولا يجوز إذن البكر ولا الابن السفيه وإن لم

لاَ بِصِحَّةٍ وَلَوْ بِكَسَفَرٍ، وَالْوَارِثُ يَصِيرُ غَيْرَ وَارِثٍ، وَعَكْسُهُ الْمُعْتَبَرُ مَآلُهُ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَاجْتَهَدَ فِي ثَمَنِ مُشْتَرًى لِظِهَارٍ، أَوْ لِتَطَوُّعٍ بِقَدْرِ المَالِ، فَإِنْ سَمَّى فِي تَطَوُّعٍ يَسِيراً، أَوْ قَلَّ الثُّلُثُ، شُورِكَ بِهِ

التوضيح. ص: **(والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر مآله)** ش: مثال الصورة الأولى: إذا أوصى لأخيه لا ولد له ثم ولد له، أو أوصت المرأة لزوجها ثم أبتها. ومثال العكس: أن يوصي لامرأة ثم يتزوجها أو يوصي لأخيه وله ولد فيموت الولد ويصير الأخ هو الوارث. وجعل الشارح في الكبير مثال الثانية ما إذا أوصت لزوجها ثم أبتها وهو سهو فإنه مثال للأولى، وغره في ذلك ما يتبادر من كلام التوضيح فإن المتبادر للفهم منه كما قال الشارح لكن يمكن رده إلى الصواب بالتأمل بخلاف كلام الشارح. ص: **(ولو لم يعلم)** ش: هذا الخلاف في الصورة الأولى وهي ما إذا أوصى لوارث ثم صار غير وارث، وأما الثانية فلا يتصور فيها وجود الخلاف. ص: **(فإن سمي في تطوع يسير أو أقل الثلث)** ش: احترز بالتطوع من الظهار. قال في التوضيح: قال اللخمي: ويطعم به في الظهار، فإن فضل منه عن الإطعام فضلة كان الفاضل لهم انتهى. وعبارة التبصرة أو في مما نقله في التوضيح ونصه: وإن لم يبلغ ذلك وكان العتق عن ظهار أطعم عنه وإن وافى بالإطعام أو ما بلغ منه. وإن كان فوق الإطعام ودون العتق

يرجعا. وقال ابن الحاجب: إن كان في المرض ولم تتخلل صحة فكالموت على الأشهر إلا أن يتبين عذره من كونه عليه نفقته أو دينه أو سلطانه، فلو قال ما علمت أن لي ردها ومثله يجهل حلف. **(لا بصحة ولو بكسفر)** قال مالك في موطئه: إن أذن الورثة للصحيح أن يوصي بأكثر من ثلثه لم يلزمهم ذلك إن مات. وسمع ابن القاسم: من استأذن وارثه في وصية بأكثر من ثلثه وهو يريد الغزو أو السفر فأقر له فمات الموصي لزم وارثه ما أجازه كالمريض، ثم رجع عنه إلى أنه لا يلزمه إجازته لأنه صحيح. أصبغ: وهو الصواب. ابن رشد: ومثله قول ابن القاسم في سماع عبد الملك. اهـ من ابن عرفة. **(والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر مآلـه)** من الموطأ قال مالك: السنة التي لا اختلاف فيها أنه لا يجوز وصيته لوارث إلا أن يجيز ذلك ورثة الموت. الباجي: إنما يراعي في ذلك أن يكون وارثاً يوم الميت، فلو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لصحت له الوصية، ولو أوصى لغير وارث ثم كان وارثاً لبطلت الوصية. **(ولو لم يعلم)** قال ابن القاسم فيمن أوصت لزوجها ثم أبانها ثم ماتت: إن علمت بطلاقه فالوصية جائزة، وإن لم تعلم بطلاقه فلا شيء له. وقال أيضاً: علمت أو لم تعلم فالوصية نافذة. ووجه الباجي كلا القولين. ومن المدونة قال مالك: من أوصى لأخيه بوصية في مرض أو صحة وهو وارثه لم يجز، فإن ولد له ولد يحجبه جازت الوصية إن مات إذا علم بالولد لأنه قد تركها بعدما ولد له فصار مجيزاً لها. وقال أشهب: الوصية للأخ جائزة علم الموصى بما ولد له أم لم يعلم. **(واجتهد في ثمن مشترى لظهار أو تطوع بقدر المال)** من المدونة: من أوصى بعتق نسمة تشتري ولم يسم ثمناً، أخرجت بالاجتهاد، بقدر قلة المال وكثرته، وكذا إن قال عن ظهار. **(فإن سمى في تطوع يسيراً أو قل الثلث شورك به في عبد وإلا فآخر نجم مكاتب وإن أعتق فظهر دين**

فِي عَبْدٍ، وَإِلاَّ فَآخِرُ نَجْمِ مُكَاتِبٍ، وَإِنْ عَتَقَ فَظَهَرَ دَيْنٌ يَرُدُّهُ أَوْ بَعْضَهُ، رُقَّ الْمُقَابِلُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ وَلَمْ يُعْتَقْ اشْتُرِيَ غَيْرُهُ لِمَبْلَغِ الثُّلُثِ،

أطعموا وكان الفاضل لهم، وهذا هو القياس. والاستحسان يتصدق بالفاضل، وإن كان العتق عن قتل اشترى بما ينوب القتل في رقبته كالتطوع انتهى. ص: **(وإلا فما آخر نجم مكاتب)** ش: هكذا في المدونة. والظاهر أنه لا فرق بين الأول والآخر. ولفظ اللخمي قال مالك: ويعان به مكاتب ولا يقال إنما اشترط الأخير لأنه إذا أدى أو لا فقد يعجز فلا يحصل العتق المقصود لأنا نقول: إن عجز يؤخذ ذلك من سيده، لأنه إنما يدفع للمكاتب لقصد العتق لا لقصد الصدقة. نعم آخر نجم أولى لأنه لا يشبه أنه ما عتق إلا بسببه والأمر من المخاصم بعد عجزه والله أعلم. ص: **(وإن مات بعد اشترائه ولم يعتق اشتري غيره لمبلغ الثلث)** ش: قال في الوصايا الأول من المدونة: ومن أوصى بنسمة تشترى للعتق لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق، لأنه لو قتله رجل أدى قيمته عبداً وأحكامه في جميع أحواله أحكام العبد حتى يعتق انتهى. قال اللخمي في تبصرته: وإن قال فإذا اشتريتموها فهي حرة، كانت حرة بنفس الشراء انتهى. ونقله أبو الحسن الصغير وقبله، ثم قال في المدونة: فإن مات بعد الشراء وقبل العتق كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث انتهى. وظاهره فرطوا في تأخير العتق أو لم يفرطوا. ولم أر من نص على ذلك بالإطلاق أو التقييد، وفي سماع عيسى في رسم لم يدرك من كتاب الوصايا الثاني ما نصه: وسألته عن الرجل يوصي أن يشتري من ماله رقبة وذكر أنها واجبة عليه فابتاعوا رقبة قبل أن يقسم ماله فمات العبد أو جنى جناية تحيط برقبته قبل أن ينفذ عتقه. قال ابن القاسم: إذا مات فإنه يرجع أيضاً في المال فيخرج مما بقي ثمن رقبة فيشتري فيعتق إن حمل الثلث ما بقي بعد موت الغلام ما يكون فيه رقبة أو ما كان من ثلثه، وكذلك لو أخرج ثمنه فسقط. وأما إذا جنى خير الورثة في أن يسلموه ويبتاعوا من ثلث ما بقي عبداً وأن يفتكوه فيعتقوه، وكذا يرجع أبداً في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه أو يقسم المال، فإن

يرده أو بعضه رق المقابل) من المدونة قال ابن القاسم: إن سمى ثمناً لا يسعه الثلث اشترى بثلثه إن كان فيه ما يشتري به رقبة، فإن لم يبلغ التطوع شورك به في رقبته، فإن لم يبلغ أعين به مكاتب في آخر نجومه، وإن سمى ثمناً فيه كفاف الثلث فاشتراها الوصي به فأعتقها عنه ثم لحق الميت دين يغترق جميع ماله رد العبد رقاً، وإن لم يفترق الدين جميع ماله رد العبد وأعطي صاحب الدين دينه ثم عتق من العبد مقدار ثلث ما بقي من مال الميت بعد قضاء الدين، ولا يضمن إذا لم يعلم بالدين. **(وإن مات بعد شرائه ولم يعتق اشتري غيره لمبلغ الثلث)** عبد الوهاب: إذا أوصى بعتق نسمة لم يعتق بنفس الشراء حتى يحكم بالعتق، وإذا أوصى بأن يشتري أحد ممن يعتق عليه عتق عليه بنفس الشراء والكل وصية تخرج من الثلث. من المدونة: من أوصى بنسمة تشترى فتعتق لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق لأنه لو قتله رجل أدى قيمته عبداً، وأحكامه في أحواله أحكام عبد حتى يعتق، فإن مات بعد

وَبِشَاةٍ أَو بِعَدَدٍ مِنْ مَالِهِ: شَارَكَ بِالْجُزْءِ،

قسم وقد اشترى وأخرج ثمنه فذهب فلا شيء على الورثة إلا أن يكون معه في الثلث أهل وصايا قد أخذوا وصاياهم فيؤخذ مما أخذوا مما يبتاع به رقبة لأنه لا تجوز وصيته ولم ينفذ إلا أن يكون معه في الوصية من الواجب ما هو مثله فيكون في الثلث سواء. وإن بقي في أيدي الورثة من الثلث ما يبتاع به رقبة ثم أخذ ذلك من أيديهم بعد القسم وابتيع به رقبة وأنفذ لأهل الوصايا وصاياهم ولا يكون لهم من الثلث شيء وثم وصايا لم تنفذ. قال ابن رشد: قوله: «إذا مات العبد قبل أن يعتق أنه يرجع في ثلث ما بقي بعد العبد فيشتري به عبداً آخر فيعتق إن كان المال لم يقسم، وإن كان قد قسم لم يرجع على الورثة إلا أن بقي في أيديهم من الثلث بعد العبد الذي كان اشترى للعتق فمات» استحسان لا يحمله القياس لأن الحقوق الطارئة على التركة لا يسقطها قسمة المال، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يرجع إلى ما بقي من المال فيخرج ثلثه ويكون ذلك كشيء لم يكن لا يحتسب في ثلث. ولم يفرق بين أن يكون المال قد قسم أو لم يقسم، وهو ظاهر ما في كتاب الوصايا الأول من المدونة. ومن الناس من ذهب إلى أنه يفسر ما في المدونة بما وقع في هذه الرواية من الفرق بين أن يقسم المال أو لا يقسم وهو قول أصبغ وليس ذلك بصحيح، لأن الأولى أن يحمل الكلام على الظاهر مما هو القياس ولا يعدل به عن ظاهره بالتأويل إلى ما ليس بقياس وإنما هو استحسان، وكذلك قوله: «إنه يرجع في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه» يريد أنه إذا نفذ عتقه فاستحق بعد العتق لا يرجع في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته وإن لم يقسم المال، وإنما يرجع فيما بقي من الثلث بعد قيمته هو استحسان أيضاً على غير قياس. والذي يوجبه النظر بالقياس على الأصول أن يرجع أيضاً إذا استحق العبد بعد أن عتق في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته، قسم المال أو لم يقسم. انتهى. ص: **(وبشاة أو عدد من ماله يشارك بالجزء)** ش: يعني أن من أوصى لشخص بشاة أو بعدد من ماله فإنه يشارك بالجزء. ومعنى يشارك بالجزء أنه يكون شريكاً بنسبة تلك الشاة من الغنم، أو بنسبة ذلك العدد من الغنم. فإن أوصى له بشاة ومات عن خمس فله الخمس، وإن أوصى له بثلاثة فله ثلاثة أخماس من الغنم فتقوم ويأخذ الموصى له بذلك الجزء من الغنم، سواء

الشراء وقبل العتق كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث. **(وبشاة أو عدد من ماله يشارك بالجزء)** من الموازية: إذا أوصى له بشاة من ماله وله غنم فهو شريك بواحدة في عددها، ضأنها ومعزها، ذكورها وإناثها، صغارها وكبارها، فإن هلكت كلها فلا شيء له. وإن لم يكن له غنم فله في ماله قيمة شاة من وسط الغنم إن حمله الثلث أو ما حمل منه. الشيخ: ومن أوصى لرجل بعشرة شياه من غنمه ومات وهي ثلاثون فولدت بعده فصارت خمسين، فله خمسها. وقال أشهب مرة. وقال مرة: له من الأولاد بقدر ماله من الأمهات: إن كانت الأمهات عشرين أخذ عشراً من

وَإِنْ لَمْ يَبْقَ إِلاَّ مَا سَمَّى فَهُوَ لَهُ، إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ، لاَ ثُلُثُ غَنَمِي فَتَمُوتُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ. فَلَهُ شَاةٌ وَسَطٌ، وَإِنْ قَالَ مِنْ غَنَمِي وَلاَ غَنَمَ لَهُ. بَطَلَتْ كَعِتْقِ عَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ فَمَاتُوا وَقُدِّمَ لِضِيقِ الثُّلُثِ.

كان عدده قدر الذي أوصى به الميت أو أكثر أو أقل بالقرعة. هذا قول ابن القاسم، لكنه لم يراع الجزء يوم الموت مطلقاً بل راعاه بشرط أن تبقى الغنم إلى يوم التنفيذ، فإن لم تبق الغنم على عددها بل نقصت فله نسبة ذلك العدد إلى الموجود يوم التنفيذ، فإن لم يبق إلا ذلك العدد أخذه الموصى له إن حمله الثلث. قال في أول الوصايا الأول: قال غير ابن القاسم: ما مات أو تلف قبل النظر في الثلث كان الميت لم يتركه انتهى. قال أبو الحسن: ظاهره فرطوا أم لا، وقول الغير تفسير وتتميم انتهى. فلو أوصى له بعشرة من غنمه وهي خمسون ثم تلف منها عشرون فله ثلث الثلاثين الباقية، وإن بقي عشرون فله نصفها، وإن بقي خمسة عشر فله ثلثاها، فإن بقي عشرة أخذها وإن حمل ذلك الثلث، فإن لم يبق من الغنم شيء أو استحقت كلها فلا شيء له. نص عليه ابن عرفة ونحوه في التوضيح. وفي المدونة أول الوصايا ما يدل كالصريح لمن تأمل. ص: **(لا ثلث غنمي فتموت)** ش: يريد فيموت غالبها وتبقى بقية فليس للموصى له إلا ثلث الباقي والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ: من أوصى لرجل بعشرة شياه من غنمه ومات وهي ثلاثون فولدت بعده فصارت خمسين. له خمسها. قاله أشهب مرة، ومرة قال: له من الأولاد بقدر ماله من الأمهات، إن كانت الأمهات عشرين أخذ عشراً من الأمهات ونصف الأولاد إن حمله الثلث أو ما حمل منها انتهى. ص: **(وقدم لضيق الثلث)** ش: قال ابن عرفة: والمخرج من

الأمهات ونصف الأولاد إن حملها الثلث أو ما حمله منها. **(وإن لم يبق إلا ما سماه فهو له إن حمله الثلث)** من المدونة: من أوصى بعتق عشرة من عبيده ولم يعينهم وعبيده خمسون فمات منهم عشرون قبل التقويم، عتق ممن بقي منهم عشرة أجزاء من ثلاثين جزءاً بالسهم، خرج عدد ذلك أقل من عشرة أو أكثر. ولو هلكوا إلا عشرة عتقوا إن حملهم الثلث، وكذا من أوصى لرجل بعدد من رقيقه أو بعشرة من إبله. **(لا ثلث غنمه فتموت)** من المدونة: إن قال له ثلث إبله أو أوصى له بثلث غنمه فاستحق ثلثاها فإنما للموصي ثلث ما بقي من الإبل والغنم. **(وإن لم يكن له غنم فله شاة وسط)** تقدم نص الموازية في ماله قيمة شاة. **(وإن قال من غنمي ولا غنم له بطلت)** في الموازية: إذا قال له شاة من غنمي فمات ولا غنم له فلا شيء له. **(كعتق عبد من عبيده وماتوا)** ابن الحاجب: لو أوصى له بشاة من غنمه ولا غنم له فلا شيء له كما لو أوصى بعتق عبيده فماتوا أو استحقوا بطلت كالعتق. قال مالك: إذا أوصى بحائط فأثمر قبل موت الموصى فالثمر للموصي، وإن أوصى بعتق الجارية فولدت قبل موته كان الولد للورثة. قال عبد الوهاب: والكل نماء وجد في المواشي، فإن ولدت بعد الموت كان تبعاً لها. انظر ترجمة من أوصى لرجل بحائط فأثمر أو بعبد فأفاد مالاً، أو بأمة فولدت؛ قال في أثناء كلامه: إلا أن يوصي قبل الإبان وقبل الولادة فيكون ذلك للموصى له كالجميع **(وقدم لضيق**

فَكُّ أَسِيرٍ، ثُمَّ مُدَبَّرُ صِحَّةٍ ثُمَّ صَدَاقُ مَرِيضٍ، ثُمَّ زَكَاةٌ أَوْصَى بِهَا،

ثلثه الوصايا وتبرعات مرض موته فإن ضاق ونص على تقدم شيء على شيء له رده قدم عليه، وتقدم القول فيه، وما ذكره الباجي فيه وإلا قدم الآكد انتهى. وكلام الباجي قبل هذا الكلام بنحو الأربع ورقات وهو يحتاج إلى تأمل وهو كلام ابن رشد في المقدمات ونصه: وإذا ضاق الثلث عن الوصايا يبدأ بالآكد فالآكد والأقدم فالأقدم، وما كان بمنزلة واحدة في التأكيد تحاصوا في الثلث وإن كان بعضها أقدم من بعض إلا أن ينص الموصي على تقدم بعضها على بعض فيبدأ بالذي نص على تبدئته اتباعاً لوصيته وإن كان غيرها من الوصايا آكد ما لم يكن مما لا يجوز الرجوع عنه كالمبتل في المرض والمدبر فيه أو في الصحة انتهى. ص: (وثم مدبر صحة) ش: قال في كتاب المدبر منها: ومن مات وترك مدبرين؛ فإن كان دبر واحد بعد واحد في صحة أو في مرض أو دبر في مرض ثم صح فدبر في صحته ثم مرض فدبر في مرضه فذلك سواء، ويبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث. فإن بقي أحد منهم رق ولو دبرهم في كلمة في صحة أو مرض عتق جميعهم إن حملهم الثلث، وإن لم يحملهم لم يبدأ أحدهم على صاحبه ولكن يفض الثلث على جميعهم بالقيمة فيعتق من كل واحد حصته منه، وإن لم يدع إلا هم عتق ثلث كل واحد ولا سهم بينهم بخلاف المبتلين في المرض انتهى. قال في هذا المحل من التوضيح: هو المشهور. وقيل: يقرع بينهم انتهى. ص: (ثم زكاة أوصى بها) ش: يعني ثم زكاة فرط فيها وأوصى بها في مرضه، أما لو لم يفرط فيها فهي المسألة الآتية في قوله: «إلا أن يعترف إلى آخره». وأما لو أقر في صحته وأشهد بها فإنها من رأس ماله كما سيأتي في أول باب الفرائض. ولو فرط فيها ولم يوص بها في مرضه فلا تخرج من ثلثه ولا غيره. قال

الثلث فك أسير) بوب الباجي على هذا فقال: الباب الرابع في تبدئة أصحاب الوصايا على بعض، وذكر أنه لا ينظر إلى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وإنما يبدأ بالأوكد إلا أن يكون قال: بدؤا كذا فيبدأ على ما هو أوكد منه إلا فيما لا يرجع العاهد عنه. وقال أيضاً: إن أوصى بصدقة وعطية مما بعضه أفضل من بعض فلا تبدئة فيه إنما التبدئة فيما هو أوكد وألزم. قال مالك: من قال ثلثي للمساكين وفي سبيل الله وعهد لرجل بمائة، تحاص الرجل مع المسكين وابن السبيل. وقال ابن رشد: أول ما يخرج من الثلث المدبر في الصحة. وكان أبو عمر الأشبيلي يرى تبدئة ما وصي به في فك أسير على المدبر في الصحة. وقال: إن الشيوخ أجمعوا على ذلك وهو صحيح. **(ثم مدبر صحة ثم صداق مريض)** ابن رشد: أول ما يخرج من الثلث المدبر في الصحة وصداق المريض إذا دخل في مرضه. قيل: إنهما سواء يتحاصان. وقيل: يبدأ المدبر. وقيل: يبدأ صداق المريض. والثلاثة الأقوال لابن القاسم، ثم بعد ذلك ما فرط فيه من زكاة الحرث والعين والماشية، ثم ما فرط فيه من زكاة الفطر عند ابن القاسم. **(ثم زكاة أوصى بها)** محمد: من علم منعه زكاة أقربها في مرضه تخرج من ثلثه. وصوب اللخمي كونها من رأس ماله. النكت: ويبدأ عليها مدبر الصحة وصداق المريض لأن وجوب

إلاَّ أَنْ يَعْتَرِفَ بِحُلُولِهَا، وَيُوْصِيَ فَمَنْ رَأْسِ المَالِ. كَالْحَرْثِ وَالمَاشِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يُوصِ بِهَا، ثُمَّ

في التوضيح: ولو قال في مرضه سأخرجها انتهى. ومراد المؤلف زكاة الأموال، سواء كانت عيناً أو حرثاً أو ماشية. قال في المنتقى: قال في كتاب ابن المواز: زكاة المال والحب والماشية سواء يحاص فيها عند ضيق الثلث انتهى. ص: (**إلا أن يعترف بحلولها ويوصي فمن رأس المال**) ش: هذه هي الزكاة التي لم يفرط فيها. وفرق المؤلف بين العين وغيرها، فشرط في العين أن يعترف بحلولها ويوصي بالمال، أما اشتراط الاعتراف فتبع فيه ابن الحاجب وقد اعترضه في توضيحه، وكذلك ابن عبد السلام وابن عرفة. ونص ابن عرفة: قول ابن الحاجب: «إن اعترف بحلولها حينئذ أنه لم يخرجها فمن رأس ماله» خلاف اقتضاء ظاهر الروايات شرط علم حلولها حينئذ من غيره ولصحة تعليل الصقلي ما أخر منها في الثلث لكونه لم يعلم إلا من قبله انتهى. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أنه يكتفي في هذا اعتراف الموصي، سواء عرف ذلك من غيره أم لا. وفي موافقته للرواية نظر أي لأن في المدونة فما عرف من هذا انتهى. وأشار إلى قوله في الوصايا الأول. فأما المريض يحل حول زكاته أو مَقوم عليه مال حال حلوله؛ فما عرف من هذا فأخرجه من مرضه أو أمر بذلك ثم مات فإنها فارغة من رأس ماله، فإن لم يأمر بها لم يقض بها على الورثة وأمروا بغير قضاء انتهى. وأما اشتراط الإيصاء فهو مذهب المدونة كما علمت الآن والله أعلم. وقوله في المدونة: «فارعة» هو بالعين المهملة أي خارجة ولها حكاية. قال المشذالي في حاشية: قوله: «فارعة من رأس المال» كتب بعض الموثقين الأندلسيين وثيقة في المدبر وذكر فيها: «فارغاً من رأس المال» يعني بالمعجمة. فدخل بها على بعض القضاة فقال له القاضي: هل عندك من غريب فأخرج الوثيقة فطفق يقرؤها حتى بلغ «فارغاً» فاستعاده القاضي فأعاد فقال له: صحفت يا فقيه فتأمل. فقال: كذا رويتها وضبطتها عن أشياخي وكذا هي في الأمهات. فقال له القاضي: كل كتاب وقعت فيه كذلك أو شيخ رواها كذلك فقد أخطأ. فخرج من عنده ولم يفهمه جوابها فتحير الطالب الموثق فبعث أسئلة إلى قرطبة وضواحيها فاضطربت أجوبتهم فيها فقال بعضهم: يصح فيها الوجهان. وقال بعضهم: بالغين المعجمة. وقال بعضهم: بالمهملة. ثم رجعوا إلى القاضي فقال القاضي: كلهم أخطؤا اللفظ بالمهملة وأول من صدرت عنه مولانا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

الزكاة عليه إنما هو معلوم بقوله: فحكم المدبر والصداق أقوى. (**إلا أن يعترف بحلولها ويوصي فمن رأس ماله**) من المدونة: من حلت زكاة عينه في مرضه أو أتاه مال غائب فأمر بزكاته فمن رأس ماله. (**كالحرث والماشية وإن لم يوص ثم الفطرة**) تقدم هذا قبل قوله: «ثم زكاة» وقال ابن يونس: من مات يوم الفطر أو ليلته فأوصى بفطرته فهي من رأس المال، فإن لم يوص بها أمر ورثته بإخراجها ولم يجبروا كزكاة العين تحل في مرضه. وأشهب يقول: هي من رأس المال أوصى بها أو لم يوص، كمن

الْفِطْرُ، ثُمَّ كَفَّارَةُ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ وَأُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ كَفَّارَةُ يَمِينِهِ، ثُمَّ فِطْرِ رَمَضَانَ، ثُمَّ لِلتَّفْرِيطِ، ثُمَّ النَّذْرُ ثُم الْمُبَتَّلُ، وَمُدَبَّرُ الْمَرَضِ،

قلت: هذا الموثق إن كان بعد عياض فهو قاصر وقد نص عليها عياض في العتق الأول والعارية، وإن كان قبله فقد نص عليها صاحب الغريبين في باب الفاء. ص: **(كالحرث والماشية وإن لم يوص)** ش: سيأتي الكلام عليها محرراً في أول الفرائض إن شاء الله والله أعلم. ص: **(ثم عتق ظهار وقتل)** ش: يعني قتل الخطأ كما قيده في المقدمات والباجي وغيرهما قال الباجي: وأما العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أن كفارة الظهار مقدمة إذ ليست بواجبة في العمد. انتهى ونقله ابن عرفة والله أعلم. ص: **(وأقرع بينهما)** ش: هذا أحد أربعة أقوال في المسألة نقلها في المقدمات وغيرها. قال في المقدمات: وذلك يعني الخلاف إذا لم يكن في الثلث إلا رقبة واحدة، وأما إذا كان في الثلث رقبة وإطعام فيعتق الرقبة في القتل ويطعم عن الظهار باتفاق. انتهى والله أعلم. ص: **(ثم لفطر رمضان)** ش: قال البساطي: بالأكل والشرب فإن قلت قيدت ذلك بالأكل والشرب لماذا قلت الكفارة بالجماع مجمع عليها وكان ذلك مقصود أهل المذهب حيث لا يقولون إلا كفارة الفطر انتهى. وهذا الذي قاله غير ظاهر لأن المفطر يعم كذلك ولم أر أحداً قيده بما قال. فالصواب حمله على الإطلاق والله أعلم. ص: **(ثم المبتل ومدبر المرض)** ش: يعني أنهما في مرتبة واحدة، فإن لم يحملها الثلث

مات وقد أزهى حائطه أو طاب كرمه أو أفرك زرعه واستغنى عن الماء، فزكاة ذلك على الميت في رأس ماله إن بلغ ما فيه الزكاة، أوصى بذلك أو لم يوص، ولم يختلف في هذا. **(ثم عتق ظهار وقتل وأقرع بينهما)** النكت: ثم بعد الزكاة العتق في الظهار والقتل. لأن الزكاة لا عوض عنها فهي أقوى، فإن ضاق الثلث عن عتق الظهار والقتل ولم يحمل إلا رقبة واحدة، فرأيت للأبياني أن معنى المدونة أنه يقرع بينهما. وذهب بعض القرويين إلى أنه يحاص بينهما فما وقع للظهار أطعم به، وما وقع للقتل شورك به في رقبة. ابن رشد: إن وسع الثلث رقبة وإطعام ستين مسكيناً فيعتق الرقبة في القتل ويطعم عن الظهار باتفاق. **(ثم كفارة يمينه)** النكت: يبدأ عتق الظهار والقتل على كفارة اليمين لأن كفارة اليمين هو فيها مخير في ثلاثة، والظهار والقتل كفارتهما مقصورة على شيء واحد لا ينتقل عنه إلا بالعدم. الباجي: وقال مالك: إنما تبدأ كفارة الأيمان إن كانت عليه فيما علم، فأما إن أوصى بها تحنثاً وتحرجاً فلا تبدل وهي كالوصايا بالصدقة. **(ثم لفطر رمضان ثم للتفريط)** لما ذكر ابن رشد تبدئة كفارة اليمين قال: ثم كفارة الفطر في رمضان متعمداً ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان. وهذا على ما في المدونة وهو الأظهر. وفي النكت: ولما لم يكن في كفارة رمضان نص في الكتاب كانت أضعف من كفارة اليمين. **(ثم للنذر)** النكت: ثم بعد إطعام رمضان لأن إطعام كفارة رمضان نص في الكتاب ووجبت السنة. والنذر هو اختار إدخاله فهو أضعف. وفي المقدمات ثم النذر. قال ابن أبي زيد: إذا أوصى به. **(ثم المبتل ومدبر المرض)** من النكت: ثم بعد النذر العتق المبتل في المرض والتدبير

ثُمَّ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ مُعَيَّناً عِنْدَهُ أَوْ يُشْتَرَى

تحاصا. قال في التوضيح: وهذا إذا كان في فور واحد، ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر بدأ بالأول لأنه ثبت له ما لا رجوع فيه. أشهب: والكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظة الواحدة. وقال ابن القاسم: ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معاً، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ انتهى. وقال ابن عرفة: الباجي: هذا إذا كان في لفظ واحد أو في حكم اللفظ الواحد. قال في الموازية والعتبية والمجموعة: إن كانا في كلام واحد في مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلاً تحاصا. وقاله ابن القاسم: ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر بدأ بالأول لأنه ثبت له ما لا يرجع فيه. ولأشهب في المجموعة: الكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد. ولابن القاسم في الواضحة: ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معاً، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ. قال أشهب: إن قال فلان حر بتلاً ثم سكت سكوتاً يعرف أنه لم يرد غيره ثم يبدأ له ببتل غيره بدىء الأول فالأول اهـ. وكلام أشهب هذا الأخير هو الذي أشار إليه المؤلف بقوله «آخر العتق إلا أن يرتب فيتبع» والله أعلم.وكذلك إذا دبر واحداً بعد واحد في كلمة واحدة الحكم واحد، وقد تقدم في لفظ المدونة. قال في المقدمات: والنذر الذي يوجبه على نفسه في المرض ينبغي أن يكون بمنزلة المبتل في المرض والمدبر فيه انتهى. ص: (**ثم الموصى بعتقه معيناً**) ش: لم يتكلم المؤلف رحمه الله تعالى على صدقة المريض المبتلة، قال ابن عرفة: وقال ابن دينار: صدقة المبتل مقدمة على الوصية بعتق معين إذ له أن يرجع عنه. وقاله المغيرة وعبد الوهاب. قال سحنون: كانت العطية قبل وصيته أو بعدها. وروى ابن القاسم أن مالكاً توقف في تبدئة صدقة المبتل على الوصايا، وكذلك في العتبية. وتبدأ أحب إلي، وأما على العتق بعينه فيبدأ العتق. ابن زرقون: الذي في سماع ابن القاسم من الوصايا أن الوصية يحاص بها مع صدقة المريض.

وفي كتاب المرابحة من العتبية: الصدقة مبدأة انتهى. وفي رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر الرواية قال ابن رشد: ظاهر هذه الرواية أن السؤال فيها إنما هو عن الوصية بالصدقة والوصية على سبيل العطية فقال: إنهما يتحاصان. ولا خلاف أحفظه في ذلك، وقد رأيت لابن دحون أنه قال: قد قيل إن الصدقة تقدم على الوصية

في المرض على مذهب أبي محمد. ووجهه أن النذر وجب في حال الصحة، وما ذكرنا إنما وجب حال العجز في المرض فهو أضعف. ابن رشد: النذر الذي يوجبه الإنسان على نفسه في المرض ينبغي أن يكون بمنزلة المبتل في المرض والمدبر فيه. وهذا أعني المبتل في المرض والمدبر فيه. هل يقدم أحدهما على الآخر أو يتحاصان؟ هذا الخلاف إن كانا في فور واحد، وإما إن كان أحدهما قبل صاحبه فيبدأ الأول منهما. (**ثم الموصى بعتقه معيناً عنده أو يشترى**) سيأتي أن الصدقة المبتلة في المرض مقدمة على الوصية بعتق عبد معين، من المدونة: ثم يبدأ بالمبتل والمدبر في المرض معاً ثم الموصى به للعتق بعينه

أَوْ لِكَشَهْرٍ، أَوْ بِمَالٍ فَعَجَّلَهُ،

لأنها للفقراء والوصية للأغنياء ولا أعرف هذا القول ولا وجه له إذ قد يتصدق على الغني ويعطى للفقير، ويلزم أن تبدأ الوصية للفقير على الوصية للغني وذلك خلاف الإجماع، وإنما الاختلاف المعلوم في الصدقة المبتلة في المرض والوصية هل يتحاصان، أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل أنه إن صح لزمته؛ فروى الحارث عن ابن وهب قال: سمعت مالكاً يقول في الرجل يتصدق بالصدقة في مرضه ويوصي لناس بوصايا ثم يموت فيريد أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه قال: لا أرى ذلك لهم لأنه لو عاش ثم أراد أن يرجع في صدقته لم يكن له ذلك. ومثل هذا في المختصر الكبير لابن عبد الحكم عن مالك، ومثل هذا في كتاب ابن حبيب، وقد اختلف قول مالك في هذا الأصل انتهى. فحاصله أن الصدقة المبتلة ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروي عن مالك وعن أكثر أصحابه. وهل يقدمان على الموصى بعتقه؟ اختار ابن القاسم تبدئة الموصى بعتقه والله أعلم. وهل تحتاج العطية في المرض إلى حوز؟ ففي المنتقى عدم احتياجها انظره فيه بعد. يشير والله أعلم إلى قول الباجي في المنتقى في الوصايا في ترجمة الوصية في الثلث في شرح قوله في الحديث: «إياهم وثلث مالي» قال: لا فضل إن حملنا قوله: «أنا أتصدق بثلث مالي على بتل الصدقة في المرض»، والنبي عليه السلام منع من ذلك، وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو هبة أو عتق أو محاباة في بيع، فإن زاد على ذلك فالزيادة موقوفة، فإن أفاق من مرضه ذلك لزمه جميعه، وإن مات من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية إن أجازه، الورثة وإلا رد إلى الثلث، ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لأن حكمه حكم الوصية. وشذ أهل الظاهر وقالوا: يلزمه الجميع إذا قبض الهبة أو الصدقة انتهى. والمراد منه قوله ولا يعتبر في ذلك قبض

والمشتري بعينه معاً. اللخمي: وقال محمد: يبدأ الذي ملكه وهو أبين لأن الملك مترقب في الذي ليس في ملكه. ومن العتبية قال مالك: من أوصى بوصايا لقوم وأوصى ببقية ثلثه لرجل ثم أقام أياماً وأوصى بعتق رقيقه وأوصى بوصايا لقوم آخرين ولم يغير من الوصية الأولى شيئاً ثم مات قال مالك: يبدأ بالعتق. ثم يكون أهل الوصايا في الثلث سواء، إن وسعهم أخذوها وإلا تحاصوا فيها بقدر وصاياهم بعد العتق، ولا يكون للموصى له ببقية الثلث شيء إلا بعد العتق وبعد أخذ أهل الوصايا الأولين والآخرين وصاياهم فإن مات العبد أو رد أحد من أهل الوصايا وصيته أدخل في الثلث قيمة الميت ووصية الراد وكان ذلك للورثة **(أو لكشهر أو بمال فعجله)** جعل ابن رشد الموصى بعتقه بعينه، والموصي أن يشتري فيعتق، والموصى بعتقه إلى شهر وما أشبهه، والموصى بعتقه على مال، والموصى بكتابته إذا عجل الكتابة، كل هؤلاء سواء لا يبدأ أحد منهم على صاحبه ويتحاصون ثم ذكر الخلاف في ذلك.

ثُمَّ الْمُوصَى بِكِتَابَتِهِ، وَالْمُعْتَقُ بِمَالٍ وَالْمُعْتَقُ إِلَى أَجَلٍ بَعُدَ،

الهبة لأن حكمه حكم الوصية والوصية لا يشترط فيها الحوز فتأمل ذلك والله أعلم. وألحق صاحب المقدمات بهذه الأربعة التي ذكرها المؤلف الموصى له بكتابته إذا عجل الكتابة والله أعلم.

فرع: جعل ابن رشد في نوازله الموصي بتحبيسه مع الموصي بالثلث في مرتبة واحدة، ونقله البرزلي. وانظر الحبس المبتل في المرض، هل يبدأ على الوصايا بمال؟ فإن في كلام ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس إشارة إلى ذلك ونصه في شرح مسألة من حبس في مرضه داراً له وجعلها بعد حبسه في سبيل الله فأراد أن يغير ذلك في مرضه. أذلك له؟ قال: نعم ذلك له. ونصه: قوله: «إن له أن يغير في مرضه» يريد فينفذ تغييره ويبطل الحبس إن مات من مرضه، وأما إن صح فيلزمه الحبس ويحكم به عليه، وإن كان قد رجع عنه وغيره في مرضه. ووجه كونه له أن يغير ذلك في مرضه أنه لما كان الحبس لا ينفذ من مات من مرضه إلا من الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه، فعلى قياس هذا إن مات من مرضه قبل أن يغير حبسه وقد أوصى بوصايا مال فلم يحمل ذلك ثلثه تحاصا في الثلث ولم يبدأ الحبس المبتل في المرض على الوصية بالمال. وهذا أصل اختلف فيه قول مالك فيمن بتل عتق عبد له في مرضه وأوصى بعتق عبد له آخر؛ فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك: المبتل في المرض يبدأ على الموصي بعتقه. أخذ بذلك ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار وإياه اختار ابن المواز، فعلى هذا لا يجوز للمريض تغيير ما حبسه في مرضه ولا بتل عتقه فيه. وروى أشهب عن مالك أنهما يتحاصان، المبتل في المرض والموصي بعتقه فيه. قال ابن المواز: وقد نقل لي بعض أصحاب مالك أن مالكاً رحمه الله رجع إلى هذا القول وعليه لقى الله عز وجل. فقوله في هذه الرواية: «إن له أن يغير حبسه الذي حبسه في مرضه» يأتي على قول مالك هذا الذي رجع إليه من أنهما يتحاصان ولا يبدأ المبتل في المرض على الموصي بعتقه انتهى. فالمقصود من كلامه قوله: «فعلى قياس هذا أن من مات من مرضه قبل أن يغير حبسه» إلى قوله: «على الوصية بالمال». ص: (**ثم الموصى بكتابته والمعتق لأجل بعيد والمعتق بمال**) ش: يعني أن العبد الموصى بكتابته ولم يعجلها، والموصي بعتقه على مال ولم يعجله، والمعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين، وقوله: «ثم لسنة على الأكثر» يعني، وأما العتق لسنة فيقدم على المعتق لأكثر منها وما معه، وكانت الواو هنا أولى من «ثم»، ويشير إلى ما نقل في التوضيح عن عبد الحق وقدم عبد الحق المعتق إلى سنة على المكاتب وجعل

(**ثم الموصى بكتابته والمعتق بمال والمعتق لأجل بعيد**) تقدم ما لابن رشد. ولما ذكر في النكت أن الموصى بعتقه يتحاص مع الموصي أن يعتق إلى أجل قريب كالشهر ونحوه ومع الموصي بعتقه على مال تعجله. ثم قال: فبعد ذلك الموصي أن يعتق إلى أجل كالسنة ونحوها ثم للموصي أن يكاتب أو

ثُمَّ الْمُعْتَقُ لِسَنَةٍ عَلَى أَكْثَرَ، ثُمَّ بِعِتْقٍ لَمْ يُعَيَّنْ ثُمَّ حَجٌّ إِلاَّ لِصَرُورَةٍ فَيَتَحَاصَّانِ كَعِتْقٍ لَمْ يُعَيَّنْ، وَمُعَيَّنٍ

المكاتب يتحاص مع المعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين ومع المعتق على مال فلم يعجله انتهى. وبهذا يستقيم كلام المؤلف والله أعلم. ص: **(ثم عتق لم يعين ثم حج)** ش: يعني أن العتق غير المعين يلي ما تقدم ويقدم على الحج ثم الحج بعد ذلك. ص: **(إلا لصرورة فيتحاصان)** ش: أي إلا أن يكون الحج عن صرورة فإنه يكون بمنزلة العتق غير المعين. ص: **(كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه)** ش: كما أن العتق غير المعين يكون مع الحج الصرورة في رتبة واحدة ويتحاصان، كذلك يكون العتق غير المعين مع معين غير العتق. قال في التوضيح: والمراد به العدد المسمى كعشرة دنانير ونحوها انتهى. وكذلك العبد والدابة والثوب والكتاب ونحوها مع جزء أي جزء غير المعين كربع المال وسدسه ونحو ذلك في رتبة واحدة، فيتحاصان ولا يتقدم أحدهما على الآخر. فيتحصل من كلامه أن العتق غير المعين وحج ومعين غير العتق كعشرة دنانير ونحوها، وجزء غير العتق كربع المال وثلثه في رتبة واحدة وإن حج غير الصرورة بعد ذلك والله أعلم.

تنبيه: ما ذكره من أن معين غير العتق كالدابة والثوب ونحوهما والعدد المسمى كالعشرة ونحوها هو والجزء كسدس المال وربعه وثلثه في رتبة واحدة وهو مذهب المدونة. وقال ابن

يعتق على مال فلم يعجله. قال: ولو أوصى بعتق العبد إلى أجل بعيد تحاصص هو والموصي أن يكاتَب أو يعتق على مال ويصيران في درجة متقاربة. **(ثم المعتق لسنة على الأكثر)** تقدم نص النكت أن للموصي أن يعتق إلى سنة مبدأ على الموصي أن يعتق إلى أجل بعيد، ونحوه لابن رشد وسيأتي نصه بعد هذا عند قوله «**إلا لضرورة**». **(ثم عتق لم يعين ثم حج)** ابن رشد: ثم بعد الموصي بعتقه إلى سنين يختلف في الوصية بالعتق بغير عينه وبالمال وبالحج فقيل: إنها كلها سواء في التحاصص وهو أحد قولي مالك في المدونة: وقيل: يبدأ العتق على الحج ويتحاصص مع المال وهو قوله الثاني فيها. وفي النكت: يبدأ على الوصية بالعتق النذر مثل قوله «لله علي أن أطعم ثلاثين مسكيناً» على ما يذكر عن ابن مناس. وقد سألت بعض شيوخنا وقلت له: لعل كلام أبي محمد إذا وجب النذر في حال الصحة وكلام ابن مناس إذا وجب في حال المرض فتتفق القولان، فصوب ذلك. ومن المنتقى: من تصدق في مرضه بصدقة عن رجل بتلها له فقال مالك: هي مقدمة على سائر الوصايا. قال ابن دينار: وتقدم أيضاً على الوصية بعتق معين إذ له أن يرجع عن العتق. قال سحنون: وسواء كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده. **(إلا لصرورة فيتحاصان كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه)** الاضطراب في هذه الفروع كثير. وعبارة ابن رشد: ثم بعد هذه الخمسة الموصي بعتقه إلى سنة ثم الموصي بعتقه إلى سنتين، والموصي بكتابته لا يبدأ أحدهما على صاحبه، ثم ذكر الخلاف ثم قال: ثم الوصية بالعتق بغير عينه وبالمال وبالحج قيل: إن هذه الثلاثة كلها سواء، إن قيل يبدأ العتق على الحج ويتحاص مع المال والقولان لمالك في المدونة ثم قال: وسواء كانت الوصية بالمال جزءاً أو عدداً، فإن اجتمعتا جميعاً الوصية بالعدد والجزء فقيل إنهما سواء يتحاصان، وقيل يبدأ الجزء وقيل يبدأ العدد وهذا الاختلاف

غَيْرِهِ، وَجُزْئِهِ وَلِلْمَرِيضِ. اشْتِرَاءُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِثُلُثِهِ،

رشد في رسم الوصايا من سماع أشهب: هو المشهور. وقيل: إن التسمية مبدأة على الجزء. وقيل: الجزء مبدأ. قال: وذلك إذا أبهم التسمية ولم يقل إنها من الثلث، فإن قال ذلك فلا خلاف أنها مبدأة. انتهى بالمعنى. وما ذكره من نفي الخلاف فمشكل فقد ذكر في النوادر عن المجموعة وكتاب ابن المواز فيمن قال لفلان ثلثي ولفلان من ثلثي عشرة أو لم يقل وبه قال ابن القاسم عن مالك: يبدأ بالتسمية إذا قال من ثلثي، وإن لم يقل من ثلثي فيتحاصان. ثم رجع مالك فقال: يتحاصان، قال: من ثلثي أو لم يقل وبه. قال ابن القاسم: انتهى من الثالث من الوصايا والله أعلم.

تنبيه: قد تقدم أنه إذا نص الميت على تبدئة شيء مما ذكر إلا أن غيره مبدأ عليه وهو وإياه في رتبة واحدة، فإنه يبدأ ما أوصى به الميت إذا علم ذلك، فقد ذكر في نوازل أصبغ أنه إذا أوصى لفلان بثلثه ولفلان بعدد مسمى ثم قال في صاحب الثلث أو في صاحب العدد المسمى أنه لا ينقص أنه يبدأ دون الآخر. وقبله ابن رشد ولم يذكر فيه خلافاً فانظره. وأما لفظ «جميع» فالظاهر أنها لا تفيد التبدئة. فقد قال في المدونة فيمن أوصى لإنسان بثلثه ثم أوصى لآخر بجميع ماله، أن الثلث يقسم بينهما على أربعة: للموصى له بالثلث ربع وثلاثة أرباعه للموصى له بجميع المال والله أعلم.

فرع: لو أعتق أحد عبيده في صحته ولم يعينه حتى مرض فقال عينت هذا، صدق وعتق في جميع المال إلا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر فيكون الفضل في الثلث. قاله في العتق الأول من المدونة أبو الحسن. قال بعض فقهائنا. وتكون هذه الزيادة مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التي فرط فيها، ويحتمل أن تكون مبدأة على مدبر الصحة لأنه أمر عقده في الصحة وإنما جعلت الفضلة في الثلث للتهمة وغيره يراه من رأس المال، ويحتمل أن يبدأ مدبر الصحة عليها إن كان التدبير قبل أن يقول أحد عبيدي حر. انتهى والله أعلم. **ص: (بثلثه) ش:** احترز بقوله: «بثلثه» مما إذا اشترى بأكثر من الثلث. ابن عرفة: وفيها: من اشترى ابنه في مرضه جاز إن حمله الثلث. الصقلي: قال محمد: إن اشترى بأكثر من ثلثه وعتق

موجود لابن القاسم ومالك ومعناه في الصرورة وأما في حجة التطوع فلم يختلف قولهما في أن العتق يبدأ عليهما، ولا في أن الحج لا يبدأ على المال. واختلف قول ابن القاسم هل يبدأ المال على الحج أو يتحاصان؟ والقياس على مذهب مالك أن الوصية بالعتق بغير عينه وبالمال يبدآن على الوصية بحجة الإسلام لأنه لا يرى أن يحج أحد عن أحد فلا قربة في ذلك على أصل قوله. انتهى ما ينبغي تقريره بالنسبة للفتيا فانظره مع خليل. **(وللمريض شراء من يعتق عليه بثلثه ويرث)** من المدونة: من اشترى ابنه في مرضه جاز إن حمله الثلث وعتق وورث المال. محمد: وإن اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه

وَيَرِثُ، لاَ إِنْ أَوْصَى بِشِرَاءِ أَبِيهِ، وَعَتَقَ، وَقُدِّمَ الِابْنُ عَلَى غَيْرِهِ، وَإِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَةِ مُعَيَّنٍ، أَو بِمَا لَيْسَ فِيهَا، أَوْ بِعِتْقِ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ،

وورث باقي المال إن انفرد وحصته مع غيره، وإن عتق مع ذلك عبده بدأ بالابن وورثه إن حمله الثلث. الصقلي: قال محمد: إن اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه محمل الثلث ولم يرثه. وفي سماع ابن القاسم مثله وفيه إن لم يحمله الثلث عتق منه محمله ورق ما بقي للورثة، فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق ما بقي عليهم. قلت: فإن اشترى أباه بماله كله وورثه من يعتق عليهم جاز شراؤه وعتق عليهم. انتهى في التوضيح في أول كلامه وأثنائه وآخره وكأنه هو المعتمد من الخلاف لتصدير ابن عرفة به، ويلزم عليه جواز شراء المريض من يعتق على وارثه بماله كله وهو ظاهر، لأن له التصرف في ماله بالمعاوضة فتأمله والله أعلم. وقال في الجواهر: إذا ملك قريبه في مرضه الموت بالإرث عتق عليه من رأس ماله، وإن ملكه بالشراء عتق من ثلثه، وحكم الابن في ذلك حكم غيره. وإن ملكه بقبول وصية أو هبة فهو كملكه بالبيع، ثم إذا عتق من رأس المال أو من ثلثه ورث. وقال أصبغ: لا يعتق بحال انتهى. ص: **(وقدم الابن على غيره)** ش: هو كقول ابن الحاجب فإن كان معه غيره قدم الابن. قال في التوضيح: يحتمل أن يريد فإن اشترى مع الابن غيره ممن يعتق عليه بدىء الابن، على هذا مشاه ابن عبد السلام. ويحتمل أن يريد فإن كان مع الابن معتق غيره كما لو أعتق عبداً له في مرضه واشترى ابنه فأعتقه وقيمته الثلث. قال في المدونة: فالابن مبدأ ويرثه كما لو اشتراه صحيحاً، وهذا الحمل الثاني أرجح لأن المسألة كذلك في المدونة والجواهر، وتمشية ابن عبد السلام أظهر من جهة اللفظ لكن النقل لا يساعدها على إطلاقها لأنه إن كان واحداً بعد واحد فإنه يبدأ بالأول، وإن كان صفقة فقال أشهب على قياس قول مالك: لا يتحاصون، وفي قوله: «بدىء الابن فأعتقه إن كان أكثر من الثلث وورثه». ابن يونس: يريد على مذهبه الذي يرى أن يشتري بجميع المال إن لم يكن معه وارث انتهى. فتعين أن يحمل كلام المؤلف هنا على التمشية الموافقة للمدونة والله أعلم. ص: **(وإن أوصى بمنفعة معين إلى قوله ثلث الجميع)** ش: أخذ المؤلف رحمه الله يتكلم على بعض مسائل من خلع الثلث، فذكر ثلاثة مسائل: الأولى إذا أوصى

محمل الثلث ولم يرثه، وفي سماع ابن القاسم: فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق ما بقي. ابن عرفة فإن اشترى أباه بماله كله وورثه ممن يعتق عليهم جاز شراؤه وعتق عليهم. انظر لو اشتراه بثلث ماله هل يرثه. **(لا إن أوصىٰ بشراء أبيه وعتقه)** من المدونة: إن أوصى أن يشتري أبوه بعد موته اشترى وعتق في ثلثه وإن لم يقل اعتقوا. ابن يونس: يريد وكذلك كل من يعتق عليه إذا أوصى بشرائه. **(وقدم الابن على غيره)** من المدونة: إذا أعتق عبداً له في مرضه واشترى ابنه وقيمته الثلث فالابن مبدأ ويرثه. **(وإن أوصى بمنفعة معين أو بمال ليس فيها أو بعتق عبده بعد موته بشهر ولا**

وَلاَ يَحْمِلُ الثُّلُثُ قِيمَتَهُ خُيِّرَ الوَارِثُ بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ، أَوْ يَخْلَعَ ثُلُثَ الجَمِيعِ،

بمنفعة معين كما لو أوصى بخدمة عبد أو سكنى دار فإن الحكم في ذلك أن ينظر إلى ذلك المعين الموصي بمنفعته، فإن حمله الثلث نفذت الوصية، وإن كان الثلث لا يحمل قيمة ذلك المعين الموصي بمنفعته فإنه يخير الورثة بين أن يجيز وإما أوصى به الميت أو يخلع ثلث جميع ما ترك الميت من ذلك المعين وغيره. قال في المدونة في كتاب الوصايا الأول: ومن أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره سنة جعل في الثلث قيمة الرقاب. زاد في الأمهات أنه إذا قومت الخدمة فإن حملها الثلث نفذت الوصايا، وإن لم يحمل خير الورثة في إجازة ذلك أو القطع للموصى له بثلث الميت من كل ما ترك بتلاً، والوصية في العبد بالخدمة أو بالغلة سواء. قال أبو الحسن: جعل في الثلث قيمة الرقاب. زاد في الأمهات: لأني إذا قدمت الخدمة والسكنى حبست الدار والعبد على أربابهما وهم قد يحتاجون إلى البيع. ابن يونس: احتجاجه بالبيع لا يصح في الدار الجائز بيعها واستثناء سكناها عنة والمعروف من قول مالك وابن القاسم أن يجعل الثلث في الرقاب وإن كانوا قادرين على البيع للاستثناء وأن لهم حقاً في تعجيل الانتفاع بالرقاب. ابن يونس: وإنما جعلت الرقاب في الثلث مع إمكان رجوع ذلك للورثة لأنه قد يموت وتنهدم الدار انتهى. واحترز بقوله «منفعة» مما إذا أوصى له بمعين كعبد أو دابة أو دار إن لم يحمله الثلث، قال في المدونة: فإن قول مالك اختلف في هذه المسألة فقال مرة مثل ما تقدم، وقال مرة يخيرون بين الإجازة وبين أن يقطعوا له بمبلغ ثلث جميع التركة في ذلك الشيء بعينه قال: وهذا أحب إلي. انتهى. قال ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور أعني التفرقة بين الوصية بالمنافع وبالمعين والله أعلم. ص: **(أو بما ليس فيها)** ش: أشار به إلى المسألة الثانية ويعني بما ليس في التركة، يريد سواء كان يحمله الثلث أم لا. قاله ابن عبد السلام. وسواء كان عيناً أو عرضاً على خلاف في هذا إلا أن هذا قول مالك وابن القاسم واقتصر عليه ابن الحاجب قاله ابن عبد السلام. والحكم في ذلك أن الورثة يخيرون بين الإجازة فيشترون للموصى له ذلك الشيء الموصى به، أو يدفعوا له ثلث جميع التركة والله أعلم. ثم أشار إلى المسألة الثالثة بقوله. ص: **(أو يعتق عبده بعد موته بشهر)** ش: وتصورها ظاهر من كلام الشارح. ص: **(ولا يحمل الثلث)** ش: هذا شرط في المسألة الأولى والثالثة دون الثانية فاعلمه والله أعلم. ص: **(خير الوارث بين أن يجيز أو يخلع ثلث الجميع)** ش: هذا ظاهر في المسألة الأولى والثانية، وأما في المسألة الثالثة فإنما يخيرا لو الوارث في إجازة الوصية أو القطع بمبلغ الثلث في العبد نفسه على المشهور كما تقدم في مسألة الوصية بمعين والله أعلم. ومسائل هذا

يحمل الثلث خير الوارث أن يجيز أو يخلع ثلث الجميع) أما إذا أوصى بمنفعة معين ففي المدونة: من أوصى لرجل بخدمة عبده سنة وسكن داره سنة وليس له مال غير ما أوصى به فيه أو له مال لا يخرج

وَبِنَصِيبِ ابنِهِ، أَوْ مِثْلِهِ، فَبِالْجَمِيعِ،

الباب كثيرة. وفي الوصايا من المدونة منها. جملة والله الموفق. ص: (**وبنصيب ابنه إلى قوله فزائد**) ش: تصوره ظاهر.

فروع: الأول: قال ابن عبد السلام: المعتبر فيما ذكرنا من عدد الولد من كان موجوداً يوم موت الموصي ولا ينظر إلى من زاد فيهم بعد الوصية ولا من مات. رواه أشهب عن مالك انتهى. ونقله في التوضيح.

الثاني: منها أيضاً أن من أوصى بمثل نصيب ولده ولا ولد له وجعل يطلب الولد فمات ولم يولد فلا شيء للموصى له انتهى.

الثالث: قال في التوضيح: واختلف إذا أوصى بمثل أحد نصيب بنيه وترك نساء ورجالاً على أربعة أقوال: الأول قول مالك يقسم المال على عدد رؤوسهم الذكر والأنثى فيه سواء، ويعطى حظ واحد منهم ثم يقسم ما بقي على فرائض الله تعالى، لكن إنما فرض المسألة في المدونة فيما إذا قال له نصيب أحد ورثتي. الثاني أنه رجل من ولده الثالث أنه يزاد سهمه على السهام ويكون له. وقال ابن زياد: يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى. هكذا حصل ابن زرقون انتهى. ويكون الأول هو المعتمد لكونه مذهب المدونة. الرابع إذا كان أولاده إناثاً كلهم كان لهم الثلثان، ثم نظر إلى عددهن فإن كن أربعاً أعطين ربع الثلثين، وإن كان ثلاثاً أعطين ثلث الثلثين، وإن كن اثنتين أعطين نصف الثلثين، وإن كانت واحدة أعطيت نصف المال إن أجازه الورثة وإلا فله ثلث المال. نقله ابن عرفة عن ابن يونس عن كتاب محمد والله أعلم. ص: (**أو بنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤوسهم**) ش: قال ابن عبد السلام:

ما أوصى به من ثلثه خير الورثة في إجازة ذلك أو القطع بثلث الميت من كل شيء للموصي له، وفي الموطأ قال مالك: من قال لفلان كذا وكذا وسمى مالاً من ماله يزيد على ثلثه، فإن الوارث يخير في إعطاء الوصايا وصاياهم وأخذ جميع مال الميت، وفي إسلام ثلث الميت لهم بالغاً ما بلغ. أبو عمر: هذه المسألة تدعى خلع الثلث. وأما مسألة من أوصى بما ليس فيها فقد تقدم عند قوله «وبشاة» قول الموازية إن أوصى شاة ولا غنم له فله قيمة شاة وما حمل الثلث. وأما مسألة من أوصى بعتق عبده بعد موته بشهر ففي المدونة: إن قال اعتقوا عبدي بعد موتي بشهر وقال هو حر بعد موتي بشهر، فإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوا لأن منه محمل الثلث بتلاً، فإن أجازوا الوصية خدمهم تمام الشهر ثم خرج حراً. (**بنصيب ابنه أو مثله فبالجميع**) الباجي: من أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال، ولو كان له ابنان فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب. ثم قال: ومن أوصى لرجل بمثل نصيب لأحد بنيه فقال مالك: إن كانوا ثلاثة فله الثلث، وإن كانوا أربعة فله الربع، وإن كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت مواريثهم فقسم ما يصيب البنين عليهم ويكون له مثل نصيب أحدهم. وعبارة ابن شاس: إن قال أوصيت له بمثل نصيب ابني

لاَ آجْعَلُوهُ وَارِثاً مَعَهُ، أَوْ أَلْحِقُوهُ بِهِ: فَزَائِدٌ، وَبِنَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ: فَبِجُزْءٍ مِنْ عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، وَبِجُزْءٍ أَوْ سَهْمٍ: فَبِسَهْمٍ مِنْ فَرِيضَتِهِ وَفِي كَوْنِ ضِعْفِهِ مِثْلَهُ أَوْ مِثْلَيْهِ. تَرَدُّدٌ،

ولا يلتفت إلى قسمة هؤلاء الورثة كيف كانت بالسوية أو مختلفة فيعطى الموصى له جزءاً بنسبته إلى التركة نسبة الواحد إلى عدد رؤوسهم انتهى. وفيها خلاف والله أعلم. ص: **(وبجزء أو سهم فبسهم من فريضته)** ش: أي إذا كانت من ستة فلهم سهم من ستة، وإن كانت من ثمانية فلهم سهم منها أو من أربعة وعشرين فبسهم منها. وإن كان ورثته أولاداً رجالاً وابنة أعطى سهماً من ثلاثة، وإن كان رجل وامرأتان فسهم من أربعة، وعلى هذا كذا ضربه عيسى في سماعه. نقله ابن عرفة. وما ذكره المؤلف هو المشهور. وعليه فلو كان أصلها من ستة وتعول إلى عشرة فله سهم من عشرة انتهى من التوضيح. وفي المسألة خلاف؛ فقيل له الثمن لأنه أقل سهم ذكره الله، وقيل له السدس لأنه أقل سهم والثمن إنما يستحق بالحجب.

فرع: فإن لم يكن له وارث فقال أشهب: سهم من ثمانية. وقال ابن القاسم: سهم من ستة. قال ابن عرفة: قال ابن رشد: الأظهر قول أشهب. وقال ابن عبد السلام: الأقرب بعد تسليم أهل المذهب قول أشهب وقول الشافعي عندي قوي انتهى. والشافعي يقول يدفع له الورثة ما شاؤوا. كذا نقل هو عنهم. ص: **(وفي كون ضعفه مثله أو مثليه تردد)** ش: يعني لو أوصى له بضعف نصيب ولده، فهل للموصى له مثل نصيب ولده مرة واحدة أو مثلاه؟ لا نص عن مالك وأصحابه المتقدمين. وتردد في ذلك المتأخرون فقال بعض شيوخ ابن القصار: ومثله مرة واحدة وإن قال ضعفيه فمثل نصيبه مرتين. وقال ابن القصار: حكي عن أبي حنيفة والشافعي أنهما يقولان: ضعف النصف مثله مرتين وهو أقوى من جهة اللغة انتهى. قال في التوضيح: وفيه نظر. وفي الجوهري: وضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله. نعم هو

وله ابن واحد فهي وصية بجميع المال. **(لا اجعلوه وارثاً أو ألحقوه به فزائد)** ابن الحاجب: في اجعلوه وارثاً مع ولدي أو ألحقوه بولدي فقدر زائد باتفاق. **(أو بنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤوسهم)** من المدونة قال مالك: من أوصى لرجل بمثل نصيب لأحد ورثته وترك رجالاً ونساء فليقسم المال على عدد رؤوسهم الذكر والأنثى فيه سواء، ثم يؤخذ حظ واحد منهم فيعطى له ثم يقسم ما بقي بين ورثته. **(وبجزء أو سهم فبسهم من فريضته)** سمع عيسى ابن القاسم: من مات وقد قال لفلان جزء من مالي أو سهم منه أعطي من أصل فريضتهم سهماً إن كانت من ستة فسهم منها، وإن كانت من أربعة وعشرين فسهم منها، وإن كان ورثته ولده فإن ترك ذكراً وأنثى فله الثلث، وإن ترك ذكراً وأنثيين فله الربع، وإن لم يكن له وارث فسهم من ستة. وقال أشهب: له سهم من ثمانية. ابن رشد: قول أشهب أظهر. ابن يونس: وإن لم يترك إلا ابنة أو من لا يحوز الميراث فإن له سهماً من ثمانية لأنه أقل سهم سماه الله لأهل الفرائض. **(وفي كون ضعفه مثله أو مثليه تردد)** ابن شاس: من أوصى بضعف

وَبِمَنَافِعِ عَبْدٍ، وَرِثَتْ عَنِ الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ حَدَّدَهَا بِزَمَنٍ، فَكَالْمُسْتَأْجِرِ، فَإِنْ قُتِلَ. فَلِلْوَارِثِ الْقِصَاصُ أَوْ الْقِيمَةُ. كَأَنْ جَنَى، إِلاَّ أَنْ يَفْدِيَهُ الْمُخْدَمُ، أَوِ الْوَارِثُ، فَتَسْتَمِرُّ، وَهِيَ، وَمُدَبَّرٌ، إِنْ كَانَ بِمَرَضٍ فِيمَا عَلِمَ، وَدَخَلَتْ فِيهِ،

أقرب من جهة العرف، وانظر كيف عده المصنف قولاً وإنما أشار ابن القصار إلى قوته من حيث اللغة. انتهى كلام التوضيح.

قلت: ويقال مثله في كلامه بل يقال قد تبين بما نقله المصنف عن الجوهري: إنه ليس أقوى من جهة اللغة وإن الموافق للغة هو الأول وإنما يوافق العرف فتأمله والله أعلم. **ص: (وهي ومدبر إن كان بمرض في المعلوم) ش:** تصوره واضح.

فرع: فإن ادعى أهل الوصايا أن الميت علم به وأنكره في المرض حلف الورثة ما يعلمون أن الميت علم به ولم تدخل الوصايا فيه، وإن نكلوا حلف الموصى لهم ودخلت الوصايا فيه. انتهى من شرح ابن الحاجب لابن فرحون. **ص: (ودخلت فيه) ش:** يعني أن الوصايا تدخل في المدبر في المرض إذا بطل بعضه. هكذا قال المصنف رحمه الله في توضيحه، وحمل عليه كلام ابن الحاجب وغره في ذلك كلام صاحب الجواهر. والذي يظهر أن هذا لا يتصور لأن المدبر

نصيب ولده فقال القاضي أبو الحسن: لست أعرف حكم هذه المسألة منصوصاً غير أني القاسم جيد وليس كهبة الرقبة لأنه بين قصد هبته على الخدمة فقط دون مال يموت العبد عنه أو أرش جناية عليه فقد أبقاها السيد لنفسه. وقال ابن شاس: الوصية بمنافع عبد صحيحة حتى إذا مات الموصى له ورث عنه إلا أن يظهر أنه أراد حياة المخدم. ونفقة هذا العبد على الموصى له ولا يملك الوارث بيعه إن أوصى بخدمته أبداً. وإن كان مؤقتاً بزمن محدود فهو كبيع المستأجر لا يجوز إلا في الزمن اليسير، فإن قتل العبد عبداً فللوارث استيفاء القصاص ويحط حق الموصى له، وكذلك إن رجع إلى القيمة فإن الوارث يختص به، وإن جناها وتعلق الأرش برقبته فإن أسلمه. للورثة بطل حق الموصى له، وإن فدوه استمر حقه. **(وإن حددها بزمن فكالمستأجر)** تقدم ما لابن شاس ومن المدونة: من أوصى لك بخدمة العبد عشر سنين فأكريته فيها جاز كمن آجر عبده عشر سنين، وهذا خلاف المخدم حياته لأنه إذا مات المخدم سقطت الخدمة والمؤجل يلزم باقيها لورثة الميت. وللرجل أن يؤاجر ما أوصى له من سكنى أو خدمة عبد إلا أن يعلم أنه أراد به ناحية الحصانة. **(فإن قتل فللوارث القصاص أو القيمة كأن جنى)** تقدم نص ابن شاس بهذا. **(إلا أن يفديه المخدم أو الوارث فتستمر)** تقدم نص ابن شاس. ومن المدونة: من أخدم عبده رجلاً سنين معلومة أو حياة الرجل فجنى العبد، خير سيده فإن فداه بقي في خدمته وإن أسلمه خير المخدم. فإن فداه أخدمه فإذا تمت خدمته، فإن دفع إليه سيده ما فداه به أخذه وإلا أسلمه رقاً. **(وهي ومدبر إن كان بمرض في المعلوم)** من المدونة: الوصية لا تدخل إلا فيما علم به الميت. ابن حارث: وكذلك ينفق على المدبر في المرض أنه كذلك لا يدخل إلا فيما علم به الميت. قال في المدونة: وأما المدبر في الصحة فيدخل فيما علم به الميت وفيما لم يعلم به. **(ودخلت فيه وفي**

وَفِي العُمْرَى، وَفِي سَفِينَةٍ، أَوْ عَبْدٍ شُهِرَ تَلَفُهُمَا، ثُمَّ ظَهَرَتِ السَّلاَمَةُ قَوْلاَنِ، لاَ فِيمَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَرَضِهِ، أَوْ أَوْصَى بِهِ لِوَارِثٍ، وَإِنْ ثَبَتَ أَنَّ عَقْدَهَا خَطُّهُ، أَوْ قَرَأَهَا وَلَمْ يُشْهِدْ، أَوْ يَقُلْ. أَنْفِذُوهَا. لَمْ

في المرض يتقدم عليه أشياء مما يخرج من الثلث كفك الأسير ومدبر الصحة وصداق المريض والزكاة التي فرط فيها وأوصى بها ومتى ذكر مع ذلك ويتقدم على أشياء كالعبد الموصى بعتقه والوصية بالمال وما مع ذلك ويشاركه في رتبته المبتل في المرض، فإذا فرض ضيق الثلث فإن كان ما يتقدم عليه قدم، فإن استغرق ذلك الثلث بطل التدبير الذي في المرض وبطلت الوصايا كلها ولا إشكال في ذلك. وإن كان مع المدبر في المرض ما يتقدم هو عليه كالوصايا بالمال، وإن وسع الثلث المدبر في المرض جميعه واستغرق ذلك الثلث نفذ عتق المدبر في المرض وبطلت الوصايا، وإن لم يسع الثلث إلا بعض المدبر نفذ منه ما وسعه الثلث ورجع الباقي رقيقاً للورثة ولا يتصور دخول الوصايا فيه. وكذلك إن كان معه ما هو في رتبته وهو المبتل في المرض فإنهما يتحاصان في الثلث فيعتق من كل واحد منهما قدر ما حمله الثلث، ولا يتصور دخول الوصايا في ذلك. وما ذكره المصنف عن صاحب الجواهر هو كذلك في الجواهر، ونقله عن كتاب ابن المواز والمجموعة. لكن الذي ذكره في الجواهر عن الكتابين المذكورين ذكره الشيخ ابن أبي زيد في النوادر عنهما وليس فيه ذكر في المرض ولم أقف عليه إلا في كلام صاحب الجواهر وهو مشكل فالصواب تركه والله أعلم. ص: **(وفي العمرى)** ش: انظر مسائل

العمرى) قال ابن شاس: تدخل الوصية فيما كان يعلمه الميت مثل المدبر في المرض، وكل دار ترجع بعد موته من عمرى أو حبس هو من ناحية التعمير فالوصايا تدخل في هذا كله، ويرجع فيه من انتقض من وصيته ولو بعد عشرين سنة، وكذلك ما رجع بعد عتقه من عبد أبق ونحوه. ومن المدونة: كل ما يرجع بعد موته من عمرى فإن الوصايا تدخل فيه وإن بعد عشرين سنة، وسيأتي أن من أقر في مرضه أنه كان أعتق عبده في صحته أن الوصية لا تدخل فيه. **(وفي سفينة أو عبد شهر تلفيهما ثم ظهرت السلامة قولان)** ابن عرفة: اختلف إذا قيل له غرقت سفينتك وأيس منها ثم جاءت سالمة فروى محمد لا تدخل فيها وصاياه وقال: تدخل فيها ولا يشبه ما لم يعلم به. وقال ابن الحاجب في العبد الآبق والبعير الشارد: إن اشتهر موتهما ثم ظهرت السلامة قولان، وذكرهما ابن شاس روايتين. انظر ابن عرفة. **(لا في ما أقر به في مرضه أو أوصى به لوارث)** في كتاب محمد والمجموعة: لا يدخل وصايا الميت فيما بطل فيه إقراره في مرضه لوارث أو ما أقر به في مرضه أنه كان أعتقه في صحته أو تصدق به أو أوصى به لوارث فرده الورثة، وكذلك في سماع عيسى في الذي يقول عند موته قد كنت أعتقت أو تصدقت، فإن قال فأنفذوا ذلك فيكون ذلك في الثلث، فإن لم يقل فانفذوا ذلك فليس بشيء وهو ميراث ولا يدخل فيه الوصايا. قال في المدونة: فإن قال في المدونة: فإن قال إنه فعل ذلك في مرضه فذلك من الثلث وإن لم يقل أنفذوه. **(وإن ثبت إن عقدها خطه أو قرأها ولم يشهد أو لم يقل أنفذوها لم تنفذ)** الباجي: من كتب وصيته بخط يده فوجدت في تركته وعرف

تُنَفَّذْ، وَنُدِبَ فِيهِ تَقْدِيمُ التَّشَهُّدِ، وَلَهُمُ الشَّهَادَةُ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَأْهُ، وَلاَ فَتَحَ، وَتُنَفَّذُ، وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ عِنْدَهُ، وَإِنْ شَهِدا بِمَا فِيهَا وَمَا بَقِيَ فَلِفُلاَنٍ، ثُمَّ مَاتَ فَفُتِحَتْ فَإِذَا فِيهَا وَمَا بَقِيَ فَلِلْمَسَاكِينِ قُسِمَ بَيْنَهُمَا، وَكَتَبْتُهَا عِنْدَ فُلاَنٍ فَصَدِّقُوهُ، أَوْ أَوْصَيْتُهُ بِثُلُثِي فَصَدِّقُوهُ. يُصَدَّقُ، إِنْ لَمْ

الحبس من ابن سهل فإن فيه مسائل يتصور فيها دخول الوصايا في الحبس. ص: **(وأوصيته بثلثي فصدقوه يصدق إن لم يقل لابني)** ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

أنها خطه بشهادة عدلين فلا يثبت شيء منها حتى يشهد عليها وقد يكتب ولا يعزم. ورواه ابن القاسم عن مالك. قال أشهب: ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول إنها وصيتي وإن ما فيها حق وإن لم يقرأها، وكذلك لو قرأها وما لو أشهد أنها وصيتك فقال: نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز. قال مالك: وإن لم يقرأها عليهم فليشهدوا أنها وصية أشهد على ما فيها. ووجه ذلك أنه إذا كانت الوصية منشورة يروا جميعها مكتوباً ثم نظر إلى تقييد الشهادة في آخرها عليه فليشهدوا، وليس عليهم قراءة الوصية فقد يريد التستر عنهم بما فيها وقد يطول عقد الوصية فيشق على كل شاهد إن لم يقرأها مع غناه عن ذلك لأنه إنما يشهد على الموصي بما أشهده، فإن كان مما يجوز إنفاذه أنفذ، وإن كان مما لا يجوز إنفاذه رد، ولا شيء على الشاهد في ذلك. وكذلك سائر العقود والسجلات إلا أن يكون من الاسترعاآت التي تتقيد على علم الشاهد، فهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويتفهمه لأنه يخبر عن جميعه أنه في علمه، وعلى ذلك يكتب شهادته فيلزمه أن يتصفحه ليعلم جميعه في علمه. ومما يصح أن يشهد به من كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما فيها فكتبوا شهادتهم ثم مات فقال مالك: إن لم يشك الشاهد في الطابع فليشهد أجوز عندي شهادة الذي الوصية في يده انتهى. ومن ابن يونس: لم يجعل قراءتها عليهم بنفسه مما ينفذها حتى يقول اشهدوا علي بما فيها. ومن المدونة: من قال كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فأنفذوها وصدقوه صدق ونفذ ما فيها. **(وندب فيها تقديم التشهد)** من المدونة: من كتب وصيته فليقدم ذكر التشهد قبل ذكر الوصية قال مالك: وإني لأراه حسناً **(ولزم الشهادة وإن لم يقرؤه ولا فتح وتنفذ)** تقدم ما للباجي: وسمع أشهب: من أتاه أخ له بكتاب وصيته طبع عليها فقال له أكتب شهادتك بأسفله على إقراري أنه كتابي ولا يعلم الشاهد ما فيها فيكتب شهادته في أسفلها على إقراره أنها وصيته فيشهد بها قال: إن لم يشك في خاتمه أنه خاتمه فليشهد وإن شك فلا يشهد. **(ولو كانت عنده)** تقدم قول مالك: وأجوز عندي شهادة الذي الوصية عنده في يديه. وقال عياض: ظاهر رواية ابن وهب جاز أن يشهدوا بما فيها بعد موته أن الوصية بقيت، فإن كان كذلك فهو وفاق للمدونة. انظر التنبيهات. **(وإن أشهد بما فيها وما بقي فلفلان ثم مات ففتحت فإذا فيها وما بقي فللمساكين قسم بينهما)** قال ابن وهب في امرأة قالت لشهود هذه وصيتي وهي مطبوعة اشهدوا علي ما فيها لي وعلي وأسندتها إلى عمتي وما بقي من ثلثي فلعمتي وماتت، ففتح الكتاب فإذا فيها ما بقي من ثلثي فلليتامى والمساكين والأرامل، فإنه يقسم بقية الثلث بين العمة والأصناف الآخرين نصفين بمنزلة رجلين، وقاله ابن القاسم ابن رشد: هذا على قول ابن القاسم أن من أوصى بشيء لرجل ثم أوصى به لآخر

يَقُلْ لِابْنِي، وَوَصِيِّي فَقَطْ، يَعُمُّ،

مسألة: قال في معين الحكام في باب الوصايا: إذا شهد شاهدان على وصية أحدهما الذي جعل له الوصية ينظر فيها، فإن استعفى هذا الشاهد منها وامتنع من قبولها جازت شهادته. ثم إن رأى القاضي بعد ذلك إعادته إلى النظر أعاده انتهى. وقوله أحدهما الذي جعل له الوصية ينظر فيها يعني واحد الشاهدين على الوصية هو من أسند إليه النظر فيها. ص: (**ووصيي فقط يعم**) ش: قال في المدونة: ومن قال: اشهدوا أن فلاناً وصيي ولم يزد على هذا فهو وصيه في جميع الأشياء وأبكار صغار بنيه ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن والثيب بإذنها انتهى. قال المشذالي: ظاهره دخول الإيصاء. وفي الطراز: إذا قال وصيي مسجلاً يعني مطلقاً وكان إلى نظره محجور أجنبي أنه لا يدخل تحت هذا اللفظ. المشذالي: ذكر ابن الهندي قولين: أحدهما ما ذكره صاحب الطراز أنه لا يكون داخلاً تحت لفظه إلا إذا صرح بذلك. والثاني أنه يتناول الجميع إلا إذا خصص ذلك بمال نفسه وولده، وهذا الخلاف إنما هو إذا أتى بلفظ عام كما تقدم. وأما إن صرح بالوصيتين معاً فلا إشكال ولا خلاف، ثم يترتب على ذلك فرع وهو إذا قال الوصي الثاني أنا أقبل وصيتك ولا أقبل وصية الأول لأن فيها ديوناً وتخليطاً فقال ابن وهب في سماع أصبغ: له ذلك. وقال أصبغ: ليس له ذلك لأن وصية الأول من وصية الثاني فإن قبل بعضها لزمته كلها. قال ابن رشد: قول ابن وهب أظهر. قال ابن يونس: الذي أرى أن يقول له الإمام إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع إلا أن يرى أن يقره على ما قبل ويقيم من يلي وصية الأول انتهى. وذكر أبو الحسن القولين أيضاً عن ابن الهندي. وقال في النوادر: وفي ترجمة الوصي يقبل بعض الوصية ومن العتبية روى أصبغ عن ابن وهب فيمن أوصى إلى رجل بوصية وبما كان وصياً عليه فقبل وصيته في نفسه ولم يقبل ما كان وصياً عليه، فإن ذلك له ويوكل القاضي من يلي الأمر الأول. وقال أصبغ: إما قبل الجميع أو

يقتسمانه بينهما ولا تكون وصيته الثانية ناسخة للأولى. (**وكتبتها عند فلان فصدقوه أو أوصيت له بثلثي فصدقوه يصدق وإن لم يقل لابني**) من المدونة: من قال كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فأنفذوها وصدقوه صدق ما فيها ونفذ. ابن رشد: وإن لم يشهد في الكتاب ولو لم يكن أيضاً فلان عدلاً فإن قال الموصى له إنما أوصى لابني فقال ابن القاسم: لا يصدق لقول مالك من قال اجعل ثلثي حيث تراه أنه إن أعطاه لولد نفسه أو قرابته لم يجز. وقال ابن رشد: من جعل تنفيذ وصيته لرجل وشرط أن لا يتعقب عليه شيء فشرط الموصي نافذ لا يجوز كان المتولي وارثاً أم أجنبياً. (**ووصيي فقط يعم**) ابن شاس: الباب الرابع من كتاب الوصايا في الوصية وأركانها أربعة. ثم قال: الركن الرابع في الصيغة كقوله: «أوصيت إليك» أو ما يقوم مقام ذلك كقوله «فوّضت إليك أمر أولادي أو مالي». ثم قال: وإطلاق لفظ الوصية يتناول نوعي الوصية وحقوقها جميعاً. ابن يونس: قال ابن القاسم: من قال اشهدوا أن فلاناً وصيي ولم يزد على هذا فهو وصي في جميع الأشياء وإنكاح صغار بنيه ومن بلغ

وَعَلَى كَذَا. يَخُصُّ بِهِ كَوَصِيِّي، حَتَّى يَقْدَمَ فُلاَنٌ،

ترك الجميع، وإن قبل البعض فهو قبول للجميع. وقال فيها أيضاً عن كتاب ابن المواز: ولو أوصى إلى ميت ولم يعلم لم يكن وصيه له وصياً انتهى. وقال في مفيد الحكام: وللوصي أن يوصي إلى غيره إذا لم يمنعه الوصي من ذلك، ولا مقال للورثة في ذلك ويقوم وصيه مقامه في كل ما كان إليه من وصية غيره إذا أوصى بذلك. وإن مات ولم يوص بذلك تولى الحاكم النظر في كل ما كان إليه وبيده ولم يجز له أن يهمله. وفي وثائق الجزيري: وإذا أوصى الوصي بماله وولده لم يكن وصيه وصياً على أمتاعه وقدم القاضي عليهم إلا أن ينص على ذلك في عهده انتهى.

فروع: الأول: إذا قال إن مت ففلان وكيلي، فهذه وصية. صرح بذلك في نوازل سحنون في كتاب الوصايا. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الوصي وكيل الميت، فسواء قال في وصيته فلان وصيي أو إن مت ففلان وكيلي وكل وصي وكيل وليس كل وكيل وصياً انتهى.

الثاني: إذا قال فلان وصيي على أولادي فلان وفلان وله أولاد صغار غيرهم، فهل الإيصاء قاصر على من سمى أو يعم الجميع؟ فيه تنازع بين الشيوخ. قال ابن سهل في أحكامه الكبرى في أول كتاب الوصايا في ترجمة الوصايا بالأيتام: وفي مسائل القاضي أبي بكر بن زرب قال في رجل قال في وصيته وله أولاد صغار قد جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان ابن فلان وله أولاد غير الذي سمى، أنهم يدخلون في الإيصاء وإن لم يسمهم لأنه لما قال ولدي دخل جميعهم فيه. فقيل له: كيف وقد سمى من أراد أن يولي عليهم؟ قال لو أراد هذا لم يقل جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان ابن فلان، وإنما كان يقول من ولدي. قال: وهذا كمن قال عبيدي أحرار فلان وفلان وفلان وسكت عن باقيهم فإنهم يعتقون أجمعون من سمى منهم ومن لم يسم. قال موسى: نزلت هذه المسألة فأفتى فيها بعض الشيوخ أنه لا يعتق إلا من سمى وغلط فيها وأخذ بفتياه شيخه وحكم به. قال القاضي: أعرف وقت نزولها. قال ابن سهل: وفي سماع أصبغ في رسم القضاء المحضر من كتاب الصدقات مسألة تشبه مسألة القاضي هذه وهي: من تصدق على رجل بميراثه فقال: أشهدكم أني تصدقت على

من أبكار بناته بإذنهن والثيب بأمرها. قال مالك: وإذا مات الوصي فأوصى إلى غيره جاز ذلك وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح والبيع وغيره. **(وعلى كذا تخص به)** من المدونة: إن قال فلان وصيي على كذا لشيء خصه فإنما هو وصيه على ما سمي فقط. **(كوصيه حتى يقدم فلان)** من المدونة: إذا قال فلان وصي حتى يقدم فلان فيكون القادم وصياً فذلك كله جائز، ويكون كما قال ابن يونس: وينبغي أن لو مات فلان قبل أن يقدم لكان هذا وصياً لأنه إنما خلع هذا بقدوم هذا فمتى

أَوْ إِلَى أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَتِي، وَإِنْ زَوَّجَ موصًى عَلَى بَيْعِ تَرِكَتِهِ، وَقَبْضِ دُيُونِهِ. صَحَّ، وَإِنَّمَا يُوصِي عَلَى المَحْجُورِ عَلَيْهِ أَبٌ، أَوْ وَصِيَّهُ كَأُمٍّ، إِنْ قَلَّ، وَلاَ وَلِيٌّ.

فلان بجميع ميراثي وهو كذا وكذا في العين والبقر والرموك والرقيق والثياب والدور والبور إلا الأرض البيضاء فإنها لي، وفي تركة الميت جنان لم ينصها وغير ذلك. قيل له: هل يكون ما نص وما لم ينص للمتصدق عليه إلا ما استثنى، أم ليس له إلا ما نص؟ قال أصبغ: له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه والجنان داخلة في الصدقة إن كان يعرفها لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان فتدبر هذه الجملة، فلولا استثناء المتصدق الأرض البيضاء لكانت كمسألة القاضي سواء انتهى. وقال المشذالي في كتاب الوصايا الأول: وأما مسألة الشيوخ المشهورة فأشار إليها ابن سهل في أول الوصايا وذكر كلام ابن سهل المتقدم برمته بلفظه والله أعلم.

الثالث: إذا أوصى بوصية وذكر فيها أن الوصي على أولاده فلان ثم أوصى بوصية أخرى وغير ما كان أوصى به أولاً إلا أنه لم يتعرض للموصي ولم يجعل وصياً على أولاده في الوصية الثانية إلا أنه قال: إن هذه ناسخة لكل وصية قبلها، قال ابن رشد: لا يكون ذلك ناسخاً لإيصائه على أولاده. ذكره في نوازله. ص: **(إلا أن تتزوج زوجتي)** ش: قال ابن غازي: أي فهي وصيتي ما دامت انتهى. وما قاله أظهر مما حل به الشارح كلام المؤلف.

مسألة: فلو أوصى بشيء على شرط فلم يوف به الموصي فإنه يرده. قاله في معين الحكام في كتاب الوصايا. لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج بوصية فتوفي ونفذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذت انتهى. ص: **(وإنما يوصي على المحجور عليه أب أو وصية كأم إن قل ولا ولي ورث عنها)** ش: قال ابن عرفة: الموصي إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب

لم يقدم فهو باقٍ على الوصية. **(أو إلا أن تتزوج زوجتي)** من المدونة: من أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج جاز، فإن تزوجت عزلت. وانظر إن لم يشترط هذا. قال ابن رشد: إذا تزوجت الوصية فإن جهل حالها جعل عليها مشرفاً. **(وإن زوج موصى على بيع تركته وقبض ديون صح)** من المدونة قيل لمالك: فلو قال فلان وصيي على قبض ديوني وبيع تركته ولم يوص إليه بأكثر من هذا، هل له أن يزوج بناته؟ فقال مالك: لو فعل ذلك رجوت أن يكون مجزياً ولكن أحب إلي أن يرفع ذلك إلى السلطان فينظر السلطان في ذلك. **(وإنما يوصي على المحجور عليه أب أو وصيه)** ابن شاس: الركن الثاني الموصي وهل كل من كانت له ولاية على الطفل كالأب والوصي. من المدونة: تصح وصية الأب إلى غيره بصغار بنيه وأبكار بناته. وإن مات الوصي فأوصى إلى غيره جاز ذلك وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره بخلاف مقدم القاضي. **(كأم إن قل ولا ولي)** من المدونة: للمرأة أن توصي في مالها وإنفاذ وصاياها وعلى قضاء دينها، ولا يجوز إيصاؤها بمال

وَوُرِثَ عَنْهَا لِمُكَلَّفٍ: مُسْلِمٍ، عَدْلٍ، كَافٍ، وَإِنْ أَعْمَى، وَٱمْرَأَةً، وَعَبْداً وَتَصَرَّفَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَإِنْ أَرَادَ الأَكَابِرُ بِرُبَيْعَ مُوصًى: ٱشْتَرِي لِلأَصَاغِرِ،

الرشيد والوصي والحاكم فيها مع غيرها صحة وصية الأب إلى غيره بصغار بنيه وأبكار بناته، وأما إن مات الوصي فأوصى إلى غيره جاز ذلك، وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره بخلاف مقدم القاضي، وقيل مثله، وأخذ من قولها في إرخاء الستور. وإن لم يكن لليتيم الطفل وصي فأقام له القاضي خليفة كان كالموصي في جميع أموره. وفيها لا تجوز وصية الجد بولد ولده ولا أخ بأخ له صغير وإن لم يكن لهم أب ولا وصي وإن قل المال بخلاف الأم. اللخمي: قال ابن القاسم في كتاب القسم: من أوصى لأخيه بمال وهو في حجره لم يقاسم له ولم يبع، وأجاز ذلك أشهب في مدونته. فعلى قوله تجوز وصيته بما يرث إن لم يكن له وصي، وكل هذا فيما صار له من مال بميراث وما تطوع به الميت فالوصية به تجوز وأن يكون القابض مما رضيه الميت وإن كان للمولى عليه أب أو وصي. فإذا قال يكون ذلك موقوفاً على يدي فلان حتى يرشد أو قال يدفع إلى المولى عليه يتسع به في ملبس أو مطعم لم يكن لأبيه ولا

ولدها الطفل إلا أن تكون وصياً من أب وإلا لم يجز إذا كان المال كثيراً وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيراً نحو ستين ديناراً فجائز إسنادها فيه إلى العدل وذلك فيمن لا أب لهم ولا وصي: ولا تجوز وصية الجد بولد الولد ولا أخ بأخ له صغير وإن قل المال إلا أن يكون وصياً بخلاف الأم ابن فتوح: وعقد الحضانة أماً أو غيرها على الصغير جائز إلا أن يزاد في إجارته فتفسخ. وعبارة ابن يونس: وسئل مالك عن امرأة أوصت بتركتها لرجل ولها ولد صغير والذي تركت نحو خمسين ديناراً فأجاز ذلك وخففه إذا كان الذي أوصت إليه عدلاً. قال ابن القاسم: وإن كانت تركة المرأة كثيراً لم يجز ذلك ونظر فيه الإمام. **(وورث عنها)** ابن عرفة: كل هذا فيما صار للطفل بميراث، وأما ما أوصى به متطوع لصغير فله أن يقدم عليه من يرضيه وإن كان للصغير أب أو وصي لأنه متطوع ولا يكون لأبي الصغير ولا لوصيه قبض ذلك لأنها هبة من الموصي على صغير **(لمكلف مسلم عدل كاف)** ابن شاس: الركن الأول الوصي وشروطه أربعة: التكليف والإسلام والعدالة والكفاية، ابن عرفة: المراد بالعدالة في هذا الفصل الستر لا الصفة المشترطة في الشهادة. عبد الوهاب: قال مالك: لا تجوز الوصية إلى غير الأمين والوديعة عند غير الأمين جائزة والقصد من الكل الحفظ. **(وإن أعمى)** ابن شاس: ولا يشترط نظر العين بل يجوز أن يسند الوصية إلى الأعمى إذا كان على الشروط المذكورة. **(وامرأة)** ابن شاس: لا تشترط الذكورية، فلو أوصى لزوجته أو غيرها ممن تصلح للوصية صحت الوصية إليها بل لو أوصى لمستولدة أو مدبرة لصحت الوصية إليها. **(وعبداً وتصرف بإذن سيده)** ابن شاس: لا يشترط في الموصي الحرية بل تجوز الوصية للعبد كان له أو لغيره وتصرف بإذن مولاه. **(وإن أراد الأكابر بيع موصى اشتري للأصاغر)** من المدونة: من أسند وصيته إلى مكاتبه أو عبده جاز ذلك، فإن كان في الورثة أصاغر وأراد الأكابر بيع نصيبهم من العبد اشترى للأصاغر حصة الأكابر منهم إن كان لهم مال

وَطُرُو الْفِسْقِ يَعْزِلُهُ، وَلاَ يَبِيعُ الْوَصِيُّ عَبْداً يُحْسِنُ الْقِيَامَ بِهِمْ،

لوصيه قبض ذلك ولا يحجر عليه فيه لأنها هبة من الموصي على صفة. وأجاز ابن القاسم لملتقط اللقيط أن يقاسم له ويقبض ما أوصى له به، ومنعه في الأخ وإن كان في حجره والأخ أولى لأنه جمع القيام والنسب. وفيها لا يجوز إيصاء الأم بمال ولدها الصغير إلا أن تكون وصية من قبل أبيه وإلا لم يجز إذا كان المال كثيراً وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيراً نحو الستين ديناراً أجاز إسنادها فيه إلى العدل فيمن لا أب له ولا وصي فيما تركته له. وقال غيره: لا يجوز لها أن توصي بمال ولدها. قال ابن القاسم في كتاب القسم: وإجازة مالك ذلك استحسان ليس بقياس وإن كان الإيصاء بغير ذلك من قضاء دين أو تفرقة ثلث جاز ذلك من كلام مالك. انتهى كلام ابن عرفة بلفظه. وقال في كتاب القسم من المدونة إثر الكلام الذي نقله ابن عرفة عنها: ولا يكون وصي العم والجد والأخ وصياً في يسير مال ولا كثيره، والأم بخلافهم إذ لها اعتصار ما وهبت لولدها كالأب وليس للأخ والجد أن يعتصرا. قيل: فما يصنع بهذا المال الذي أوصوا به؟ قال: ينظر فيه السلطان ويحوزه على الصغير والغائب. انتهى ونقله ابن يونس.

تنبيهات: الأول: ليس للأب أن ينصب وصياً على كبار أولاده إلا أن يكونوا محجوراً عليهم. قال في النوادر في الوصايا الأول في ترجمة الوصي يبيع تركة الميت لدين ناقلاً له عن أشهب في المجموعة: وليس له أن يولي على كبار ولده أحداً انتهى. يريد إذا لم يكونوا محجوراً عليهم. قال ابن شاس: ولا يصح نصب الوصي على ذكور أولاده البالغين إلا أن يكونوا محجوراً عليهم. نعم ينصب وصياً عليهم في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا ونص على ذلك غير واحد.

يحمل ذلك وإلا باع الأكابر حصتهم منه خاصة إلا أن يضر ذلك بهم فيقضى على الأصاغر بالبيع معهم. **(وطرو الفسق يعزله)** من المدونة: أرأيت إن كان الوصي خبيثاً أيعزل عن الوصية؟ قال: قال: مالك: نعم. ابن عرفة: ففي عزله بسخطته وبقائه مع شريك غيره معه ثالثها إن علم الموصي بسخطته ورابعها إن كان قريباً أو موالياً، والقول الأول معروف المذهب. وقد تقدم قول ابن رشد إذا تزوجت الوصية يجعل عليها مشرف إن جهل حالها. قال: وإذا عادى الوصي المحجور فإنه يعزل ولا يؤمن عدو على عدوه بشيء من أحواله. **(لا يبيع الوصي عبداً يحسن القيام بهم)** من المدونة: لا يبيع الوصي عقار اليتامى ولا العبد الذي أحسن القيام بهم إلا أن يكون لبيع العقار وجه من ملك يجاوره فيرغبه أو ما لا كفاية في غلته، وليس لهم ما ينفق منه عليهم فيجوز بيعه. ومن الاستغناء: إن كان للمحجور رقيق وماشية ودواب فمن حسن نظر الوصي له بيع ذلك، ويعوض من ثمنها ما هو أغبط له ويحبس له من الرقيق ما يصلح له وفي حبسه المصلحة له، وكذلك الدواب إن كان في حبسها فضل لنتاجها والغنم والبقر إن كان في حبسها نظر وغبطة وإلا بيعت (ولا

....

الثاني: قول المصنف «وإنما يوصى على المحجور عليه أب» هذا إذا كان الأب رشيداً كما تقدم في كلام ابن عرفة حيث قال: إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد، فأما إن كان الأب سفيهاً وهو في ولاية أبيه فللجد الولاية على ولد ولده ويوصى عليهم ويكون وصيه وصياً عليهم. وقيل: لا يكون وصيه وصياً عليهم. قال في العتبية في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور: وسئل عن رجل حلف في رقيق لابنه أن يبيعهم بثمن سماه وللحالف أب فقال له: أنا أبيعهم ليس هم لك، فقال له أسفيه هو؟ يريد الحالف فقال: لا. فقال: لا أرى أن يبيعهم. قال ابن رشد في قوله «لا أرى أن يبيعهم إذا لم يكن سفيهاً» دليل على أن له أن يبيعهم إذا كان سفيهاً فجعله في حكم الوصي على ولد ابنه ما دام ابنه سفيهاً، فيلزم على هذا أن يكون وصي الأب وصياً على ولد الولد الذين إلى نظره بإيصاء الأب، وهو نحو ما في مختصر ابن شعبان عن مالك أن للموصي أن يزوج بنات يتيمه بعد بلوغهن وإن رضي الأب بذلك قبل أن يبلغن لم يلتفت إلى رضاه لسقوط ولايتهن كاليتامى. قال ابن وهب في سماع أصبغ والرفع إلى السلطان أحسن وأبين من ذلك أي مما في مختصر ابن شعبان ما في كتاب ابن المواز أن المولى عليه إذا قتل وله ولد ولد صغير أن وصي الأب أولى من عمومة الصبي بالدم، وقد كان بعض شيوخنا لا يرى وصي الأب وصياً على صغار الولد الموصى بهم وبالله التوفيق. انتهى.

وحكى القولين ابن رشد أيضاً في سماع أصبغ من كتاب النكاح في شرح مسألة تزويج السفيه أخته أو وليته، ونقله ابن سلمون في وثائقه في ترجمة السفيه والمحجور ولا وصي من قبل الأب ونصه: وأما نكاح الوصي بنات محجوره فالرواية بذلك منصوصة عن مالك، ومعناه في الأبكار والثيبات اللائي لم يملكن أمور أنفسهن وقد كان بعض الشيوخ يقول: إنه لا يكون وصياً على ولد محجوره إلا بتقديم السلطان، فعلى هذا لا يزوج واحدة من بناته. وفي مسائل ابن الحاج قال: اختلف الشيوخ في الرجل إذا كان وصياً على سفيه فولد للسفيه ولد، فهل للوصي أن ينظر على ابن السفيه كما ينظر على أبيه أم لا؟ فذهب ابن زرب إلى أنه لا ينظر عليه إلا بتقديم. وخالف ابن عتاب وابن القصار في ذلك فقالا: إنه ينظر عليه كما ينظر على أبيه قال: والقضاء عندنا بذلك انتهى. وأما مقدم القاضي فقال ابن سهل في باب الحجر في ترجمة مقدم القاضي هل له التكلم على أولاد محجوره دون تقديم أم لا: الذي تقتضيه الروايات أن له ذلك والذي جرى به عمل القضاة أنه لا يكون له ذلك إلا بتقديم. وانظر كتاب الأقضية منه في الكلام على الاستخلاف والله أعلم.

الثالث: إذا قدم القاضي ناظراً على اليتيم ثم ظهر وصي من قبل الأب فله رد أفعاله. نقله البرزلي في الوصايا. وفيه أيضاً: إذا أوصى لشخص ثم ظهر شخص آخر بوصية فانظره.

وَلاَ التَّرِكَةَ إِلاَّ بِحَضْرَةِ الْكَبِيرِ،

ص: (ولا التركة إلا بحضرة الكبير) ش: وسواء أراد الوصي بيع التركة لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصايا أو لغير ذلك، فإن لم يكن الأكابر حضوراً رفع الأمر للحاكم فيأمره بالبيع ويأمر من يلي معه البيع للغائب أو يقسم ما ينقسم. قال في المدونة في كتاب الوصايا: ولا يبيع الوصي على الأصاغر التركة إلا بحضرة الأكابر، فإن كانوا بأرض نائية وذلك حيوان أو عروض رفع ذلك إلى الإمام فأمر من يلي معه البيع للغائب انتهى. قال في العتبية في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الوصايا.

مسألة: وسئل عن الوصي يبيع المتاع بغير إذن الورثة قال: فإن كانوا كباراً قد رضي حالهم ونساء ثيبات أو متزوجات قد برزن ورضي حالهن فلا يبيع إلا بإذنهن، فإن باع رد المتاع لأنه إنما أوصى بالآخرين الذين يولى عليهم ولم يوص إليه بهؤلاء إنما هؤلاء شركاء في هذا المتاع. قيل له: فإن فات وأصاب وجه البيع فكأنه يقول مضى؟ قال أصبغ: لا أرى ذلك، وأرى للورثة رده إلا أن يكون له ثلث موصى به مع ذلك يحتاج إلى تحصيل المال وبيعه وجمعه فيكون ذلك له إلا العقار والرباع فلا أرى ذلك له دونهم لأنه مأمون. وأنه مما يقسم وقسمته غير ضرر، وإن لم يكن له ثلث على ما وصفت فهو مردود على الورثة البالغين المالكين حصصهم أو يأخذون مما بلغ كالشركاء في السلع المفترقة التي لا تجمع في القسم فهم كالشركاء الأجنبيين للميت. قال ابن رشد: قول ابن القاسم فيما باع الوصي على الصغار من المال والمتاع المشترك بينهم وبين الكبار أن البيع يرد ما لم يفت، فإن فات من يد المشتري ببيع أو هبة أو بتحويله عن حاله مثل أن يكون ثوباً فيصبغه أو غزلاً فينسجه أو طعاماً فيأكله وما أشبه ذلك وقد أصاب الوصي وجه البيع مضى، وهذا استحسان، والقياس أن لا ينفذ البيع على الكبار بحال، فات أو لم يفت. وكذلك قال سحنون: لا يجوز بيع الوصي على الكبار بقليل ولا كثير، أصاب البيع أو لم يصب، لأنه مالهم وهم أحق وأولى بالنظر لأنفسهم. قال: وهم أيضاً أولى بكل ما باع من مال الميت إذا كان لهم رأي في شراء شيء مما يباع من التركة في ثلثه فكيف يجوز أن يباع عليهم مالهم أنفسهم بلا مرادهم هذا خطأ. وكذلك قول أصبغ أيضاً أن البيع يمضي إذا فات إن كان له ثلث موصى به إليه فيحتاج إلى تحصيل المال وجمعه وبيعه إلا في العقار استحسان أيضاً. والقياس لا ينفذ على الكبار البيع في حظوظهم من ذلك كله إلا بإذنهم كالشركاء الأجنبيين للميت.

ولأشهب في كتاب ابن المواز: وللموصى أن يبيع الحيوان والرقيق والعقار لتأدية الدين

التركة إلا بحضرة الكبير) من المدونة: لا يبيع الوصي على الصغار التركة إلا بحضرة الأكابر، فإن كانوا بأرض نائية رفع ذلك إلى الإمام فأمر من يلي معه البيع للغائب. وانظر ترجمة بيع الوصي من الوصايا الأول من ابن يونس، وانظر فيه صلح الوصي عن اليتيم وتأخيره الدين والأكل من مال

وتنفيذ الوصية وإن كان في الورثة كبار لا يولى عليهم أو كانوا كباراً، وقد قيل: إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث وهو أحب إلي، وقد مضى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم طرف من هذا المعنى وبالله التوفيق انتهى. ونص ما أشار إليه في رسم الشجرة: وسئل عن الوصي يريد متاع الرجل مساومة ويرى أن ذلك خير له مثل ما يسومه الرجل في الدار وما أشبه فينهيه ويرى أن بيعه غبطة قال: لا بأس بذلك باع مساومة أو ممن يزيد إذا كان ذلك منه على وجه النظر. قال ابن رشد: معناه في الوصي على الثلث إذا باع بإذن الورثة على الصغار إذا باع بإذن الكبار أو في الوصي على الصغار إذا لم يكن لأحد معهم في ذلك مشترك، وأما إذا كان وصياً على الصغار وهم شركاء مع الكبار فيباع الجميع بغير إذنهم فلا يجوز ذلك عليهم، وكذلك إذا كان وصياً على الثلث فباع بغير إذن الورثة وبالله التوفيق. وقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال أشهب في المجموعة في كتاب ابن المواز في الوصي ببيع الرقيق والحيوان وغيره يريد لإنفاذ وصاياه وفي الورثة غائب كبير لا يولى عليه فذلك له، وكذلك لو كان عليه دين. ولو أوصى بوصية أو بالثلث صدقة أو غيرها والورثة كبار كلهم فله بيع العقار وغيره، وفيها قول إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث وهو أحب إلي، وكل ما له فيه بيع العقار فله بيع ما سواه من الحيوان وغيره، وإذا لم يكن عليه دين ولا أوصى بوصية ولم يترك عقاراً والورثة كلهم كبار غيب أو بعضهم غيب فله بيع ما كان من العروض والحيوان بخلاف الرباع وإن كانوا حضوراً. محمد: أو قربت غيبتهم فليس له بيع شيء ولا للسلطان وله بيع ذلك في الغيبة البعيدة. قال ابن القاسم: إذا رفع ذلك إلى السلطان حتى يأمره أو يأمر من يبيع معه.

ومن المجموعة ونحوه في كتاب ابن المواز. قال ابن القاسم وأشهب: إذا كانوا أصاغر وأكابر فلا بيع حتى يحضر الأكابر. قال ابن القاسم: وإن غابوا بأرض نائية وترك حيواناً ورقيقاً وعروضاً فله بيع ذلك، ويرفع ذلك إلى الإمام حتى يأمر من يبيع على الغائب. قال أشهب: إن قربت غيبتهم فليبيع ما يخاف عليه ويرى أن بيعه أفضل للجميع ويقسم الثمن إذا قدموا، وإن شاء قسمه في غيبتهم. ثم من تلف حقه كان منه صغيراً كان أو كبيراً، وكذلك إن كان الورثة عصبة. قال سحنون: كيف يبيع على الورثة الكبار الغيب بغير أمر السلطان وكيف يقسم بينهم، ثم ذكر كلام العتبية المتقدم في سماع عيسى. وقال اللخمي في كتاب القسمة بعد أن ذكر الخلاف المتقدم: وأصل المذهب والمعروف منه أنه لا يقسم الموصى على الغيب الكبار ولا يبيع للدين ولا لغيره، ولو جاز أن يقسم الثلث من الثلثين لجاز أن يقسم بين الصغار والكبار انتهى. ونقله ابن عرفة في كتاب القسمة وقبله. فيتحصل من هذا أنه اختلف هل يجوز بيع الوصي التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا إذا كان الورثة غيباً كباراً أو فيهم غائب كبير أم لا؛ فأجاز ذلك أشهب حتى في العقار، ومنع ذلك غيره وهو المعروف من المذهب حتى يرفع إلى

السلطان فيأمره بالبيع أو يأمر من يبيع معه للغائب، أو يقسم ما ينقسم. وإذا كان هذا القول هو المعروف في المذهب فأحرى أن يمنع بيعه لغير ذلك حتى يرجع إلى السلطان ويرد إن وقع، وما تقدم من الأقوال فكلها استحسان على غير قياس كما تقدم بيان ذلك والله أعلم.

فرع: فإن مات في سفر فلأوصيائه بيع متاعه وعروضه لأنه يثقل حمله. قاله في النوادر: بل ذكر البرزلي في كتاب السلم عن أبي عمران أن من مات في سفر بموضع لا قضاة فيه ولا عدول ولم يوص فاجتمع المسافرون وقدموا رجلاً باع هناك تركته، ثم قدموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع إذا لم يبع بإذن حاكم وبلده بعيد من موضع الموت أن ما فعلته جماعة الرفقة من بيع وغيره فجائز. قال: وقد وقع هذا لعيسى بن مسكين وصوب فعله وأمضاه. وذكر الداودي أنه مر بتركة رجل غريب يذكر أنه من أحواز فاس وورثته مجهولون ودفع الثمن إلى ثقاة من أهل المغرب وأمرهم بالبحث عن ورثته، فإن يئس منهم تصدق به على الفقراء. وذكر رجل أنه تسلف من الميت ديناراً فأمره بدفعه لأولئك الثقات ويبرئه ذلك إذا أشهد على الدفع انتهى.

تنبيه: علم مما تقدم أن تنفيذ الوصايا من قضاء دين أو وصية أو بالثلث أو صدقة أو غيرها لوصي الميت، ويفهم ذلك أيضاً من كلام المدونة في الوصايا وفي القسمة. وقال في اللباب: وتنفيذ الوصية لوصي الميت انتهى. وسيأتي في كلام المصنف أن للوصي اقتضاء ما للوصي من الديون والتأخير بالنظر، ويأتي هناك حكم قضاء الوصي ما على الميت من الدين إذا لم يشهد به غيره، وكذلك حكم ما عليه من الوصايا والحقوق دون غيره. ومسألة اختلاف أهل الوصايا والديون مع الوارث في البيع نقلها في اللباب، وحصل ابن رشد في البيان في رسم الوصايا الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا الأول خمسة أقوال، وأطال الكلام في ذلك فليراجعه من أراده. ومسألة إرسال الوصي مال الورثة ذكرها في المدونة في كتاب الوديعة، ومسألة رسال القاضي مال الورثة ذكرها في أوائل المنتخب وفي أواخر باب الأقضية من ابن عرفة وفي آخر القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون وفي باب الجهاد من حاشية المشذالي.

فرع: ذكر البرزلي عن ابن رشد مسألة وهي ما إذا باع الوصي عقاراً أكثر من حصة الميت وفرقه، أنه لا رجوع على الوصي. والمسألة في مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد ونصها: وكتب إليه القاضي عياض يسأله عن رجل أسندت إليه وصية بثلث فنظر مع الورثة في بيع التركة حتى خلصت وفرق الثلث على معينين وغير معينين حسبما في الوصية، وكان في التركة شخص يشارك فيه بعض الورثة وغيره فبيع فيما بيع واشتراه الشريك الوارث وتوزع ثمنه على قدر المواريث والوصية، فلما كان بعد مدة تأملت القصة فإذا قد وقع فيها غلط ووهم وقد

بيع من الربع من المواريث أكثر من نصيب الميت، وتبين ذلك وثبت ووجب له الرجوع بالثمن في التركة إذا لم يحز سائر الأشراك بيع الزائد، فأخذ من كل وارث مصابه وبقي ما للثلث وقد فرق كما ذكر. فأجاب: لا ضمان على الوصي فيما نفذه مما يجب من الثمن للحصة الزائدة على حق الميت، ويرجع المبتاع بما ناب الموصي من ذلك ويرجع هو على من وجد من الموصى لهم المعينين، وتكون المصيبة منه فيمن لم يجد منهم وفيما فرق على المساكين غير المعينين على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك الذي نعتقد صحته وبالله تعالى التوفيق انتهى.

مسألة: قال ابن رشد في نوازله في باب الوصايا: إذا أوصى بوصية أفك أسير أو غير ذلك وجوه البر وجعل تنفيذ الوصية إلى رجل أجنبي أو وارث وشرط في تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم، فلا يجوز لأحد من القضاة والحكام أن يتعقب شيئاً من ذلك ولا ينظر فيه، والأمر في ذلك للورثة؛ فإن كانت الوصية مما يبقى لهم فيه منفعة كالعتق وشبهه كان لهم أن يقوموا حتى يعلموا أنها قد نفذت، كان المتقدم لها وارثاً أو أجنبياً. وإن كانت الوصية مما لا يبقى لهم فيه منفعة كالصدقة فلا قيام لهم في ذلك إلا أن يكون المنفذ وارثاً انتهى. قال في النوادر أيضاً قبل ذلك بنحو الورقة في باب الوصايا: سؤال سأله عنه القاضي عياض ونصه المقدم على تنفيذ ثلث الميت إذا أراد مقاربة الورثة ومسامحتهم وقد جعل له في التقديم أنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه، هل للحاكم النظر في تحصيل الثلث والحوطة عليه ثم بعد ذلك يفوض نظره إليه إذ التفويض إنما هو في التفريق وحده أم لا سبيل للحاكم إليه؟ فأجاب: لا يجوز للمقدم على تنفيذ الثلث مقاربة الورثة ولا مسامحتهم في ذلك، وإن اتهمه القاضي بذلك شرك معه من يثق به في تحصيل الثلث، ثم يكل تنفيذ ذلك إليه في الوجوه التي جعل تنفيذها فيه أو بما يراه باجتهاده إن كان فوض إليه النظر في ذلك لقول الموصي، ولا اعتراض عليه من حاكم ولا غيره. وهذا في الوصي المأمون، وأما في غير المأمون الذي يخشى عليه على الوصية ولا ينفذها فيكلفه إقامة البينة على تنفيذها على معنى ما وقع في سماع أشهب من كتاب الوصايا، فإن لم يأت بالبينة على ذلك ضمن إن كان سارقاً معلناً، وإن كان متهماً ولم يكن بهذه الصفة استخلف ولم يضمن إلا أن ينكل عن اليمين. وإن كان مأموناً لم تكن عليه يمين وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون انتهى. وما ذكره عن سماع أشهب هو في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني ونصه: وسمعته يسأل عمن أوصى إلى رجل بوصايا من عتق وصدقه وغير ذلك فأراد الورثة أن يكشفوه عنها وأن يطلعهم عليه فقال: أما الصدقة فليس لهم أن يكشفوه عنها إذا كان غير وارث إلا أن يكون سفيهاً معلناً مارقاً فيكشف عن ذلك، ولهم أن يكشفوه وإن كان غير وارث ولا سفيه عن العتق لأن ذلك يعقد لهم الولاء. فأما إذا كان الموصى إليه سفيهاً معلناً فأرى أن يكشف عن ذلك كله، فإن من الأوصياء من يقبض عن الوصية فلا ينفذ منها شيئاً.

قال ابن رشد: هذا كما قال إن الوصي يكشف عما جعل إليه من تنفيذ الوصية بالصدقة وغير ذلك مما لا يبقى فيه منفعة للورثة إذا كان سفيهاً معلناً مارقاً يبين ما تقدم من قوله في سماع ابن القاسم في أنه ليس للورثة أن يقوموا معه في تنفيذ الوصية إلا أن يكون مما يبقى له فيه منفعة كالعتق وشبهه. وقوله: «أنه يكشف عن ذلك إذا كان سفيهاً معلناً مارقاً» معناه أنه يكلف إقامة البينة على تنفيذ الوصية، فأما إن لم يأت ببينة على ذلك وتبين نقيضه عليها أو استهضامه لها ضمه إياها وإن لم يكن بهذه الصفة من الاشتهار بالسفه والمروق واتهم استحلف، فإن نكل عن اليمين ضمن، وإن كان من أهل العدل والثقة لم تلحقه يمين وهو محمول على الثقة والعدالة حتى يعرف خلاف ذلك من حاله اهـ. وبالله التوفيق. ونص ما أشار إليه في أول سماع ابن القاسم. قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكاً قال في الرجل يوصي بأن يعتق عنه وأن يحمل عنه في سبيل الله ويستخلف على ذلك وارثاً، فيريد بعض الورثة أن ينفذ ذلك وينظر فيه معه قال: إن كان وارثاً رأيت ذلك عليه، وإن لم يكن المستخلف وارثاً فليس ذلك عليه إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وما أشبهه. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أن الرجل إذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثاً من ورثته فليس له أن يغيب على تنفيذ ذلك دون سائرهم ولمن قام مع ذلك أن ينفذ ذلك وينظر معه مخافة أن يكون أوصى إليه والوصية للوارث لا تجوز إلا أن يجيزها الورثة، سواء سمى الميت ما ينفذها فيه من عتق أو صدقة . قال في البيان: أو بما سوى ذلك من وجوه البر، أو كان قد فوض إليه حيث أراه الله وأنه استخلف على ذلك غير وارث فليس عليه أن ينفذ عليه شيئاً من ذلك بحضرتهم، ولا لهم أن يكشفوه عن ذلك. قال في الرواية: إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وشبهه، والمنفعة التي تبقى في العتق هو الولاء الذي ينجر عن المتوفى إلى من يرثه عنه فلا يختص بذلك الورثة دون غيرهم إذ قد يرثه من لا يتجر إليه من الولاء شيء وهم البنات والأخوات والزوجات والأمهات والجدات، وقد ينجر إلى من لم يرثه ممن حجب عن ميراثه من الإخوة والعصبة .فألحق في كشف الوصي الأجنبي عن العتق إنما هو ممن يتجر إليه الولاء عن الميت وإن لم يكن وارثاً، ولا كلام لمن ينجر إليه الولاء عنه، وإن كان وارثاً له. والذي يشبه العتق في بقاء المنفعة للورثة هو الإخدام والتعمير والتحبيس. فأما الإخدام والتعمير فالحق فيه لجميع الورثة لأن المرجع في ذلك إليهم، وأما التحبيس فمنه ما يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس، ومنه ما يختلف هل يرجع إلى ورثته أو إلى أقرب الناس به، فالحق في بالمحبس الذي يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس لمن رجع إليه منهم، والحق في الحبس الذي يختلف هل يرجع إلى ورثته أو إلى أقرب الناس إليه لجميع ورثته وأقاربه من الرجال والنساء من قام منهم كان له كشفه عنه حتى يعلم أنه قد أنفذه لما قد يكون له فيه من المنفعة باتفاق أو علىاختلاف. وهذا في الوصي المأمون، وأما غير المأمون فيكشف عن الوصايا من العتق والصدقة بالعين وغير ذلك على ما قاله

....

في رسم الوصايا من سماع ابن القاسم أن السفيه المعلن المارق يكشف عن كل شيء من الصدقة وغيرها، وهو محمول على أنه مأمون حتى يتبين أنه غير مأمون. وعلم من لفظ السماعين المذكورين أنه لا فرق في الحكم المتقدم بين أن يشترط الوصي للموصي تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم، وأنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه كما ذكر ذلك في السؤالين في النوادر ولا يشترط ذلك كما في لفظ السماعين المذكورين والله أعلم. ومن هذا المعنى مسألة كتاب الوديعة والشهادة من المدونة ونصها على ما في كتاب الوديعة: ولو أمرته بصدقة على قوم معينين فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق مع يمينه إن لم يأت ببينة انتهى. قال أبو الحسن: هذه المسألة تبين مسألة كتاب الشهادة قال فيه: فإن كانوا غير معينين صدق ولم يذكر هناك يميناً. ابن يونس: يحلف إذا كان متهماً انتهى. ومن هذا المعنى كشف وارث المحجور الوصي عما بيده فقال ابن رشد في نوازله في كتاب الصدقات: وليس للوارث المحجور ولا لوليه أن يكشف الوصي عما بيده لمحجوره ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده، ولكن للقاضي أن يجبر الوصي على أن يشهد لليتيم بما له بيده انتهى. ونقله ابن سلمون في الوصايا ونصه: وسئل ابن رشد في رجل له ولي محجور وله مال وتصدق عليه بصدقات ونحل نحلاً فطلب هذا الرجل من وصيه أو من الحاكم نسخ تلك العقود وقام في الكشف لوصيه عما في يده من مال المحجور إذا زعم أنه وارثه وأن المال لما توفي هذا المحجور صار إليه، هل له في ذلك حجة أم لا؟ فقال: ليس لوارث اليتيم أن يستكشف وصيه عما له بيده من المال أو يخاصمه في ذلك ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده، وعلى الوصي أن يشهد ليتيمه بما له بيده، فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم ببيانه أن يوقف فيعين مال اليتيم عنده انتهى. وقال في العتبية في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا، وسئل يعني مالكاً فقيل له: إن سيدي كاتبني وأوصى إلي فسألني بعض موالي وهو ولد سيدي عما في يدي وعما ربحت فيه وأنا عند الناس كما أحب، أفذلك علي؟ قال: لا أرى ذلك عليك، أليس ما في يدك مال معروف؟ قال: بلى ولكنه يريد أن يعلمه ويعلم ما ربحت فيه. قال ابن رشد: وقوله: «وأوصى إلي» يريد أنه أو أوصى إليه بالنظر على بنيه فلم ير عليه أن يخبره بما ربح في مال اليتيم الذي هو ناظر فيه لولده لأن الوصي لا يلزمه أن يكشف عما بيده إلا إذا خيف عليه أن يكون قد أتلفه، وهو محمول على الأمن من ذلك حتى يثبت خلاف ذلك من حاله، فإذا كان ما في يده من المال معروفاً فلا يلزمه أن يكشف عنه ولا يخبر بما ربح فيه لأن ذلك غضاضة عليه إذ لا يفعل ذلك إلا بمن لا يوثق به وسيده قد استأمنه ووثق به فهو محمول على ذلك انتهى. ومن هذا المعنى كشف المرأة الموصى إليها بولدها إذا تزوجت حسبما ذكره في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا الأول ونصه: وسئل مالك عن امرأة هلك زوجها وأوصى إليها بولدها وبما كان له من

وَلاَ يَقْسِمُ عَلَى غَائِبٍ بِلاَ حَاكِمٍ، وَلاَثْنَيْنِ حُمِلَ عَلَى التَّعَاوُنِ،

مال، فتزوجت المرأة وخيف على المال، أترى أن يكشف؟ قال مالك: إن كانت المرأة لا بأس بحالها فلا أرى ذلك، وإن كانت بخلاف ذلك كشف ما قبلها، قال ابن رشد: إنما قال إنه يكشف ما قبلها إن كان يخاف على المال عندها ولا يكشف إن كان لا بأس بحالها ولم يبين ما تحمل عليه من جهل حالها، والظاهر من قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا أن المرأة إذا تزوجت غلبت على حال أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب أنها عنده محمولة على الخوف عليها إذا تزوجت فيكشف ما قبلها إلا أن يعلم أنه لا بأس بحالها. وقال ابن المواز: قال ابن القاسم: ووجه ما سمعت هذا في المال أن ينظر إلى حالها، فإن رضي حالها وسيرتها والمال يسير لم يؤخذ منها. محمد: ولم يكشف إن كان المال كثيراً ولا هي مقلة وخيف من ناحيتها، وأرى أن ينزع المال منها. وقاله أصبغ. وهي على الوصية على كل حال إلا أن تكون مبرزة إلا من إبقاء المال عندها بعد النكاح في الحزم والدين واليسر والحرز فيقر بيدها.

قلت: وإذا خيف على المال عندها فنزع منها ولم تعزل هي عن الوصية فليقدم معها من يكون المال عنده ويشاورها في النظر. انتهى وبالله التوفيق. ص: **(ولا يقسم على حاكم غائب بلا حكم)** ش: هذا نحو قوله في قسمة المدونة: إذا كان في الورثة كبير غائب لم تجز قسمة الوصي عليه ولا يقسم لغائب إلا الإمام ويوكل بذلك، ويجعل ما صار له بيد أمين، وليس للوصي أن يقول أبقوا حق الغائب بيدي. انتهى أوله بالمعنى. وقال البرزلي في مسائل القسمة: سئل أبو محمد عمن هلك وترك ورثة أحدهم غائب وترك حائطاً اقتسموه بمحضر جمع لا بأمر السلطان وعزلوا للغائب حظه ووقع البيع في بعض تلك الحظوظ والاستغلال في بعضها والعمارة ثم قدم الغائب، هل يمضي القسم عليه أم لا؟ وهل تكون الغلة لمن اغتل أم لا؟ وهل يمضي البيع والتفويت أم لا؟ فأجاب بأن القسمة فاسدة وترد البياعات، وما اغتله المتقاسمون فعليهم رده أو مثله إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل ويكون بينهم. وما اغتله المشترون فإن كانوا عالمين بالغائب فعليهم رد حظه إليه من الغلة، وإن كانوا غير عالمين فلا شيء عليهم من الغلة ويكون لهم أجر قيامهم وتعبهم. البرزلي: هذا نحو قوله في المدونة وذكر ما تقدم. ص: **(والاثنين حمل على التعاون)** ش: قال في الوصايا الأول من المدونة: وإن أوصى إلى وصيين فليس لأحدهما بيع ولا شراء ولا نكاح ولا غيره دون صاحبه إلا أن يوكله. قال غيره: لأن لكل واحد منهما ما لصاحبه. قال ابن القاسم: فإن اختلف نظر السلطان ثم ولا

اليتيم وسلفه منه أو من أمانة بيده. **(ولا يقسم على غائب بلا حاكم)** لو قال: «إذ لا يقسم على غائب بلا حاكم» لناسب ما تقرر. **(ولاثنين حمل على التعاون)** من المدونة: من أوصى إلى وصيين فليس لأحدهما بيع ولا شراء ولا نكاح ولا غيره دون صاحبه إلا أن يوكله. ابن عرفة: وسواء

وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوِ ٱخْتَلَفَا. فَٱلْحَاكِمُ، وَلاَ لأَحَدِهِمَا إِيصَاءٌ،

يخاصم أحد الوصيين خصماً للميت إلا مع صاحبه. ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهم حاضر خاصمه ويقضى له ويكون الغائب إذا قدم على حجة الميت انتهى. زاد اللخمي إثر قول المدونة: ولا يخاصم أحد الوصيين خصماً للميت إلا مع صاحبه إلا أن يوكله أو يكون غائباً انتهى. وقال ابن حارث في أصول الفتوى: ولا يخاصم أحد الوصيين دون صاحبه فيما يطلبونه من مال الميت، وجائز أن يخاصم أحدهم فيما يطلب به الميت لأن القضاء على الغائب جائز ويكون الغائب على حجته انتهى. فإن أنكح أحدهم بغير إذن الآخر فقد تقدم في النكاح أنه نكاح فاسد، فإن باع أو اشترى دون صاحبه وأراد صاحبه رده رفعه للسلطان. قال اللخمي: فإن فعل وأراد الآخر رد فعله، فإن رآه صواباً أمضاه وإلا رده، فإن فات المشتري بالبيع كان على الذي انفرد بالبيع الأكثر من الثمن أو القيمة، وإن اشترى وفات البائع بالثمن كانت السلعة المشتراة له وغرم الثمن. وقال أشهب: إلا في الشيء التافه الذي لا بد لليتيم منه مثل أن يغيب أحدهما فيشتري الباقي الطعام والكسوة وما يضر باليتيم استئجاره انتهى. ونقله في التوضيح: وقال في آخر كتاب الرهون من مختصر المدونة لابن أبي زيد: وللوصي أن يرهن من مال اليتيم

أوصى إليهما على سبيل المعية والشركة في زمان أو في زمانين. وقوله: «إلا أن يوكله» زاد في الموازية: إلا ما لا بد منه من الشيء التافه من الطعام وما لا بد منه مما يضر بهم تأخيره فهو خفيف إذا غاب الآخر وأبطأ اهـ. انظر إذا كان مشرف على الموصي قال ابن سلمون: ما فعله الوصي بغير علم المشرف مضى إن كان سداداً فإن أراد المشرف أن يرد السداد لم يكن له ذلك والمال لا يكون إلا عند الوصي لا عند المشرف. وقال ابن رشد: ليس نكاح أحد الوصيين بمنزلة إنكاح الوصي دون إذن المشرف، المشرف ليس بوصي ولا ولي ولا له من ولاية العقد شيء إنما له المشاورة التي جعلت له خاصة. **(فإن مات أحدهما أو اختلفا فالحاكم)** ابن شاس: إن مات أحدهما استقل الآخر. ابن عبد السلام: هذا بعيد في الفقه. ابن عرفة في الموازية لابن القاسم: لو مات أحدهما ولم يوص فإن كان الباقي بين العدالة والكفاءة لم يجعل معه القاضي غيره، وروى محمد: إذا عزل أحد الوصيين بجناية لم يجعل مع الأخ غيره. وروى علي: يجعل معه غيره ومال إليه سحنون. ومن المدونة: إن اختلف نظر السلطان. واللخمي: إن رد السلطان ما فعله أحدهما صواباً أثبته وإن كره الآخر. ورشح البرزلي في نوازله إن فعل فعلاً لو رفع للحاكم لم يفعل غيره فإنه يكون كأن الحاكم فعله. **(وليس لأحدهما إيصاء)** عيسى: للوصي أن يوكل في حياته وعند موته. قاله مالك وجميع أصحابه. ابن رشد: لا خلاف بينهم فيه، إنما الخلاف في الوصيين المشترك بينهما في الإيصاء هل لأحدهما أن يوصي بما إليه من الوصية أم لا على ثلاثة أقوال: الأول أن ذلك له ولو إلى من ليس معه في الوصية. أتت الرواية بهذا عن مالك وهو ظاهر قوله في المدونة، وهو ظاهر قول عيسى هذا. الثاني ليس له ذلك وهو إلى من معه في الوصية وهو ظاهر قول سحنون. الثالث أنه ليس له ذلك لا إلى شريكه في

وَلاَ لَهُمَا قَسْمُ المَالِ، وَإِلاَّ ضَمِنَا،

رهناً فيما يبتاع له من مصالحه كما يتداين عليه، ولا يدفع أحد الوصيين رهناً من التركة إلا بإذن صاحبه وإن اختلف نظر الإمام وكذلك البيع والنكاح انتهى. والله أعلم.

تنبيه: قول المصنف حملاً على التعاون هذا إن أطلق الميت، وأما إن نص على اجتماع أو انفراد فلا إشكال أنه يتبع. قاله في التوضيح وغيره. وقال ابن سلمون: فإن قدم على الميت وصيان فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر عن صاحبه إلا أن يشترط المقدم أن من عاقه منهما عائق انفرد صاحبه به فيكون له ذلك عند العائق اهـ.

مسألة: قال ابن سهل في أحكامه في أوائل مسائل السفيه: وقالوا في رجل أوصى على ابنه إلى فلان وفلان فمن مات منهما أو غاب فالباقي في منفرد فثبت سخطة أحدهما فإن للقاضي أن يوكل مع الباقي ناظراً مأموناً ولا ينفرد، لأن المعزول لسخطة لم يمت ولا غاب انتهى.

فرع: قال المشذالي في حاشيته في كتاب الوصايا الأول: قال ابن عبد السلام: انظر هل يتنزل المشرف على الوصي منزلة أحد الوصيين؟ قال المشذالي: وقال ابن سهل عن ابن عتاب في بعض أجوبته ما نصه: وسبب المشاورة كسبب الوصي أو أقوى. وانظر نوازل ابن رشد في النكاح فإنه قال: إن المشرف ليس بولي ولا وصي وإنما له المشورة انتهى. ونحوه في اللباب في باب الوصايا. فإن كان أحدهما مشرفاً فله أن يشرف على أفعال الوصي كلها ولا يفعل شيئاً إلا بمعرفته، فإن فعل شيئاً بغير علمه مضى وإن كان سدداً وإلا رده، وشهادة المشرف للمحجور جائزة بخلاف الوصي انتهى. وفي ابن سلمون في آخر ترجمة الكلام على المحجور بعد أن ذكر الكلام على الوصيين: وأما إذا كان على وصي فإنما يكون المال عند الوصي. قال أحمد بن نصر: وله أجر النفقة والكسوة على محجوره، ولا يكون ذلك من المشرف وإنما للمشرف النظر في البيع والشراء إلا أن يكون برأيه، وإن فعل بغير رأيه رده إن لم يكن نظراً. وقال غيره: للمشرف أن يشرف على أفعال الوصي كلها من إجراء النفقة وغيرها ولا ينقلب إلا بمعرفته، فإن فعل شيئاً بغير علمه مضى إن كان سداداً وإلا رده المشرف، وإن أراد رد السداد لم يكن له ذلك ونظر السلطان فيه انتهى. وتقدم في النكاح عند قول المصنف: «وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر كلام». ابن رشد في النوازل: على المشرف وأنه ليس بولي وإنما له المشورة والإجازة والرد إن عقد الوصي بغير إذنه والله أعلم. ومن مختصر النوازل أفتى القاضي ابن رشد أن المحجور إذا جرى بينه وبين المشرف على وصيه في أمر عداوة أو مخاصمة فإنه يعزل عن الإشراف انتهى. وهي في مسائل الدعوى والخصومات من النوازل مبسوطة والله أعلم. ص: **(ولا لهما قسم المال وإلا ضمنا)** ش: قال في المدونة: ولا يقسم المال بينهما ولكن عند أعدلهما، فإن استويا في العدالة جعلا الإمام عند أكفئهما، ولو اقتسماه الصبية فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده

وَلِلْوَصِيِّ، اقْتِضَاءُ الدَّيْنِ، وَتَأْخِيرُهُ بِالنَّظَرِ،

من الصبيان انتهى. قال اللخمي: ولو جعلاه عند أدناهما عدالة لم يضمنا لأن كليهما عدل. ثم قال: قال مالك في كتاب محمد: فإن اختلفوا طبع عليه وجعل عند غيرهم انتهى. وقول المصنف: «وإلا ضمنا» أي وإن اقتسماه ضمنا وهو الذي نقله اللخمي عن ابن الماجشون. وظاهره ما حكاه ابن يونس وابن الحاجب أن كل واحد إنما يضمن ما بيد صاحبه. وقال أشهب وسحنون: لا ضمان عليهما.

فرع: قال ابن عات عن المشاور: إن قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه لم يجز بيعه ويرده الآخر ويضمنه إن فات إلا أن يكون شرط الموصي أن من عاقه عائق فالباقي منهما منفرد بالوصية ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر أو شغله من غير وكالة ولا ضمان عليه فيما فعل حينئذ.

قلت: هذا على مذهب ابن الماجشون لا سحنون. انتهى من مسائل الوصايا من البرزلي. ص: **(وللوصي اقتضاء الدين) ش:** تصوره ظاهر. وأما قضاء الوصي ما على الميت من الدين فقال في النوادر في أوائل كتاب الوصايا. قال أصبغ في الميت يشهد وصيه أن ثلثه صدقة ولا يشهد غيره قال: إن خفي له وأمن إذا أخرجه فليفعل ولا إثم عليه بل ذلك عليه واجب. وقد قال أشهب: إذا علم أن على الميت ديناً وهو لا يخاف عاقبته فعليه أن يؤديه من تركته، وكذلك ما سئلت عنه من الوصايا والحقوق والديون. ولو علم أن في تركته عبداً حراً يعتق من رأس ماله أو في ثلثه أن عليه أن يهمله ولا يعرض له ببيع ولا خدمة ولا بغيرها، وكذلك الوارث فيما علم من هذا كله وأشهد عليه الميت، وهذا الباب كثير معناه في كتاب الشهادات انتهى. وفي الكتاب المذكور منها أيضاً عن ابن المواز: قال أشهب عن مالك في صغير يوصي له بدينار: فإن لم يشهد بذلك إلا الوصي، فإن خفي للوصي دفع ذلك فليفعل، وكذلك لو رفع إلى الإمام فلم يقبل شهادته فله دفعه إن خفي له. قال محمد: ولو كان كبيراً لحلف وأخذ، ولو كان كذلك يوقف للصبي حتى يكبر فيحلف لكان بينهم في بقاء ذلك بيده إلى

الإيصاء وهو الذي تأوله الشيوخ على سحنون في قوله في المدونة. **(ولا لهما قسم المال وإلا ضمنا)** من المدونة: إن اختلفا نظر السلطان ولا يقسم المال بينهما وليكن عند أعدلهما، فإن استويا في العدالة جعله الإمام عند أكفئهما. ولو اقتسما الصبيان فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان. قال ابن الماجشون: فإن قسما المال ضمن كل واحد ما هلك بيد صاحبه لتعديه بإسلامه إليه. اللخمي: ضمن كل واحد منهما جميع المال ما عنده لاستبداده بالنظر فيه وما عند صاحبه لرفع يده عنه، وكذا الوديعة يقتسمانها. **(وللوصي اقتضاء الدين وتأخيره لنظر)** من المدونة: لا يجوز للوصي أن يؤخر الغريم بالدين إن كان الورثة كباراً، وإن كانوا صغاراً جاز ذلك على وجه النظر لهم. أشهب: وكذلك

وَالنَّفَقَةُ عَلَى الطِّفْلِ بِالْمَعْرُوفِ،

بلوغه انتهى. ثم قال في آخر الوصايا الأول في ترجمة الوصي يقتضي عن الموصي الدين بغير بينة: ومن المجموعة قال أشهب: وللوصي أن يقضي الدين عن الميت بغير أمر. قال: إن من كان فيه بينة عدول والثقة له أن لا يدفع إلا بأمر قاض لأنه لو بلغ بعض الورثة فجرح شهود الدين لضمن أخذت ممن قبضها، ولو كان بأمر قاض لم يرد ولم يقبل تجريحهم لأنه حكم نفذ. وإن دفع الوصي إلى الغريم ثم قام آخرون فأثبتوا دينهم وجرحوا بينة الأول فالوصي ضامن ويرجع على الأول بما أخذ أو يغرمه القائمون أو يدعوا الوصي ثم لا يرجع الأول على الوصي بشيء، ولو دفع إليه بقضية لم يضمن للقائمين بعده ورجعوا على الأول بحصتهم، وكذلك قال ابن القاسم: إن كان الوصي عالماً بغرماء الميت أو كان موصوفاً بالدين فيضمن لمن أتى ويرجع على من أخذ، وأما إن لم يعلم ولم يكن الميت موصوفاً بالدين لم يرجعوا إلا على من أخذ، وقال في قضاء الورثة بعض الغرماء كما قال في الوصي. وقال في الصبي وقال مثله عبد الملك إذا تأنوا ولم يعجلوا وبعد الصياح في الدين وفعلوا ما كان يفعله السلطان فلا يضمنوا. وأما إن عجلوا ضمنوا، فإن لم يكن عندهم شيء رجع الطارىء على الأول. قال أشهب في الوصيين يدفعان ديناً بشهادتهما أو الوارثين ثم يطرأ دين آخر أو وارث ثم يقدم، فإن دفعا بأمر قاض لم يضمنوا ويرجع على الأول، وإنما تقبل شهادتهما قبل أن يدفعا، وأما بعد الدفع فإن كان بغير أمر قاض فيضمنان انتهى. ص: **(والنفقة على الطفل بالمعروف)** ش: تصوره واضح.

مسألة: قال ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: أجمع أهل العلم أن أكل مال اليتيم ظلماً من الكبائر لا يحل ولا يجوز، وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز للفقير المحتاج أن يأكل من مال اليتيم بقدر اشتغاله به وخدمته فيه وقيامه عليه وإلا فلا يسوغ له أن يأكل منه إلا ما لا ثمن له ولا قدر لقيمته مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه، ومثل الفاكهة من حائطه. ومن أهل العلم من أجاز له أن يأكل منه على وجه السلف، ومنهم من أجاز له أن يأكل منه ويكتسي بقدر حاجته وما تدعوا إليه الضرورة وليس عليه رد ذلك. وأما الغني فإن لم يكن فيه خدمة ولا عمل سوى أن يتفقده ويشرف عليه فليس له أن يأكل منه إلا ما لا قدر له ولا بال مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه والثمر يأكله من حائطه إذا دخله. واختلف إن كان فيه خدمة وعمل؛ فقيل إن له أن يأكل بقدر عمله فيه وخدمته له، وقيل ليس له ذلك لقوله عز وجل: ﴿ومن كان غنياً فليستعفف﴾ [النساء: ٦] انتهى بالمعنى. ونقله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا والله أعلم. ص:

لو وضع من الدين أو صالح عنه خوف جحود أو تفليس. وفي العتبية: وله البيع مساومة. **(والنفقة على الطفل بالمعروف)** قال مالك: ينفق على كل يتيم بقدر مصابه. قال مالك: قال ربيعة: ولو أن

وَفِي خَتْنِهِ وَعُرْسِهِ وَعِيدِهِ؛ وَدَفْعُ نَفَقَةٍ لَهُ قَلَّتْ، وَإِخْرَاجُ فِطْرَتِهِ؛ وَزَكَاتِهِ؛ وَرَفَعَ لِلْحَاكِمِ. إِنْ كَانَ حَاكِمٌ حَنَفِيٌّ، وَدَفْعُ مَالِهِ قِرَاضاً، وَبِضَاعَةً،

(وفي ختنه وعرسه وعيده) ش: قال في النوادر: قال مالك: وليوسع عليهم ولا يضيق وربما قال: أن يشتري لهم بعض ما يلهيهم به وذلك مما يطيب نفوسهم به انتهى. **ص: (وإخراج فطرته وزكاته) ش:** يعني أن الوصي له أن يخرج عن الصبي فطرته وله أن يخرج زكاة ماله. قال في النوادر: قال ابن حبيب: ويشهد، فإن لم يشهد وكان مأموناً صدق انتهى. وانظر إذا لم يكن مأموناً هل يلزمه غرم المال أو يحلف؟ لم أر فيه نصاً. **ص: (ورفع للحاكم إن كان حاكم حنفي) ش:** تقدم الكلام عليه في الزكاة والله أعلم **ص: (ودفع ماله قراضاً أو بضاعة) ش:** قال في المدونة في كتاب الرهون: وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره انتهى. وسواء كان ذلك في بر أو بحر كما ذكره في النوادر والجواهر وابن عرفة وقيده ابن عرفة بالأمن ونصه الشيخ عن المجموعة والموازية. روى ابن القاسم له أن يتجر بأموال اليتامى ولا يضمن. وروى ابن وهب في البر والبحر. قلت: مع الأمن. قاله غير واحد انتهى. ولفظ النوادر: ومن المجموعة وفي كتاب ابن المواز نحوه. قال ابن القاسم عن مالك: وله أن يتجر بأموال اليتامى لهم ولا ضمان عليه. قاله عنه ابن وهب في البر والبحر ويشتري لهم الرقيق للغلة والحيوان من الماشية وشبه ذلك، وذلك كله حسن، وقد فعله السلف. وقد أعطت عائشة مال يتيم لمن يتجر به في البحر وأنكر ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموالهم لمن يضمنها وأعظم كراهيته. قال أشهب: وله أن يتجر بمال يتيمه ببدته أو يؤاجر له من يتجر فيه أو يدفعه قراضاً أو بضاعة على اجتهاده ولا يضمن، وله أن يودع ماله على النظر ولأمر يراه، فأما أن يفعله على المعروف بمن يأخذه فلا يصلح ذلك

يشتري له ما يلهو به وإن كان له سعة وسع عليه. **(وفي ختنه وعرسه)** اللخمي: ينفق على المولى عليه في ختانه وعرسه، ولا حرج على من دعا بأكل ولا يدعوا للاعبين. قال ابن القاسم: ما أنفق على اللاعبين لم يلزم اليتيم. ونقل ابن قتيبة عن عكرمة قال: لما ختن عبد الله بن عباس بنيه أرسلني فدعوت له اللاعبين فلعبوا فأعطاهم ابن عباس أربعة دراهم. **(وعيده)** في الموازية: يضحي عنه من ماله وقد تقدم في الأضحية وتقدم يشتري له ما يلهو به. **(ودفع نفقة له قلت)** اللخمي: يدفع له من النفقة ما يرى أنه لا يتلفه الشهر ونحوه، فإن كان يتلفه قبل ذلك فيوم بيوم. **(وإخراج فطرته وزكاته ورجع للحاكم إن كان الحاكم حنفياً)** في الموازية: يزكي ماله ويخرج عنه وعن عبده زكاة الفطر. الشيخ: إن أمن أن يتعقب أو خفي ابن عرفة: لهذا قال غير واحد من المتأخرين. لا يزكي الوصي حتى يرفع إلى السلطان لئلا يكون مذهبه سقوط الزكاة عن الصغير. **(ودفع ماله قراضاً أو بضاعة)** روى محمد: إنما للوصي في مال اليتيم ما ينميه أو ينفقه. اللخمي: وحسن له أن يتجر له. ابن عرفة: وليس ذلك

....

وذكر كله ابن المواز لابن القاسم ولم يذكر أشهب. ومن هذه الدواوين قال مالك: وله أن يدفع ماله قراضاً إذا دفع إلى أمين ولا يضمن. قال في كتاب ابن المواز: وله أن يبضع لهم ويبعث في البر والبحر، وله أن يودع مالهم ويسلفه. قال ابن المواز: يسلفه في التجارة فأما على المعروف فلا. انتهى.

تنبيهات: الأول: فهم من قول المصنف: «للوصي دفع ماله قراضاً وبضاعة» ومن قول المدونة: «وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة» ومن قول النوادر: «وله أن يتجر بأموال اليتامى» أنه لا يجب على الوصي التجارة بمال اليتيم وهو كذلك، وإنما يستحسن له ذلك. قال ابن عرفة: روى محمد: إنما للوصي في مال اليتيم فعل ما ينميه أو ينفعه. اللخمي: وحسن أن يتجر له به وليس ذلك عليه انتهى. وكلام اللخمي المذكور هو في باب الوصايا، وصرح أيضاً في كتاب الزكاة بأنه لا يجب عليه ذلك وتقدم في كلام النوادر أن ذلك حسن وقد فعله السلف.

الثاني: قال في العتبية في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية: قال ابن القاسم: إن الضمان الذي يفعله أهل العراق في أموال اليتامى حرام يضمنونها أقواماً يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها، والسنة فيها إن كان لهم وصي ثقة لم تحرك من يده، وإن كان غير ثقة أو لم يكن لهم وصي استودعها القاضي عند ثقة. قال ابن رشد: الوجه في أموال اليتامى دفعها إلى من يتجر فيها تطوعاً للثواب، فإن لم يوجد فعلى سبيل القراض، فإن لم يكن أودعت عند من يوثق به، فإن تعدى عليها المودع فتسلفها ضمنها وسقط عن اليتامى زكاتها ولم يحل أن يضمن لأحد على أن يكون له ربحها لأنه سلف لغير وجه الله لم يبتغ به المقرض إلا منفعة نفسه لا منفعة المقترض اهـ. مختصراً. وتقدم في كلام النوادر فيما نقله ابن القاسم عن مالك أنه إذا أنكر ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموال اليتامى لمن يضمنها وأعظم كراهية، فالكراهة محمولة على التحريم كما تقدم في كلامه في العتبية. وقال في النوادر أيضاً: قال ابن الماجشون: وليس للوصي أن يسلف أموال اليتامى على وجه المعروف ولو أخذ رهناً، وأما العمل به مما يحصل لهم فيه ربح على الوجه الجائز الذي لا حيلة فيه ظاهراً وباطناً فله ذلك. انتهى بالمعنى والله أعلم.

الثالث: تقدم في كلام النوادر عن ابن المواز وابن الماجشون أنه ليس للوصي أن يسلف مالهم على وجه المعروف، ونص على ذلك اللخمي بزيادة فيه ولفظه: ولا يسلف ماله لأن ذلك معروف إلا أن يكون كثير التجر له، ويسلف الشيء اليسير مما يصلح وجهه مع الناس فلا بأس انتهى. ونقله ابن عرفة عنه بلفظه وأما إسلاف الموصي ماله فقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال في المجموعة وغيرها: ولا أحب أن يركب له دابة ولا يتسلف ماله. وقاله عنه ابن وهب في المجموعة: ومن مات في سفر وأوصى رجلاً فلا يتسلف الوصي من تركته ولا أحب

وَلاَ يَعْمَلُ هُوَ بِهِ،

أن يشتري من متاعه. وقاله أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز. قال عنه ابن نافع في المجموعة: ولا أحب أن يتسلف من مال بيده لغيره، وأجازه بعض الناس فروجع فقال: إن كان له مال فيه وفاء فأرجو إذا أشهد أن لا بأس به انتهى. وقال في كتاب الزكاة منها في ترجمة زكاة مال المفقود والصبي: وقال ابن حبيب: وإن استنفق مال يتيمه وله به ملاء وخاف أن يعذر له به فلا بأس بذلك. وقاله القاسم بن محمد. وكان ابن عمر يسلفه ويستسلفه وإذا لم يكن له ملاء فلا يستسلفه انتهى. وقال في مختصر الواضحة: قال عبد الملك: وإن ترك والي اليتيم أن يتجر بماله أو يضيع لما خشي من التغرير به وتجر لنفسه أو يضمنه أو استنفقه، فلا بأس بذلك إذا كان عنده به وفاء إن عطب، وكذلك قال مالك وأصحابه. وإذا لم يكن به وفاء فلا يحل له أن يستسلفه ولا أن يتجر فيه لنفسه لأنه يعرضه للتلف ولا مال له، فإن فعل فالربح له بتعديه، وقد ذكر ابن حبيب وهو ضامن له بعد قال: فضل هذا قول مالك وأصحابه إلا ابن الماجشون فإنه روى عن مالك أن الربح لليتيم والضمان على الوصي بتعديه وقد ذكره ابن حبيب في سماعه هذا إذا تجر به لنفسه ولا وفاء له. انتهى.

ص: **(ولا يعمل هو به)** ش: قال الشارح: أي ليس للوصي أن يعمل هو بنفسه في مال الصغير لأنه يصير كمؤاجر نفسه منه وهو لا يجوز له ذلك انتهى. زاد في الوسط: وقيل: إن عمل به على وجه يشبه قراض مثله مضى كشراء شيء لليتيم انتهى. وظاهره أن القول الأول يقول لا يمضي مطلقاً، وكذا ساق القولين في الشامل وصدر بالأول وعطف الثاني بـ«قيل» ونصه: ولو دفع ماله قراضاً ووديعة ولا يعمل هو بنفسه. وقيل: إن وقع على جزء يشبه قراض مثله كشراء سلعة ليتيمه لا لنفسه من التركة ونظر فيه الحاكم، وهل يوم الشراء أو يوم الدفع أو الآن أقوال. وقيل: تعاد للسوق فإن زاد فلليتيم وإلا مضى. وفيها: سئل عن حمارين ثمنهما ثلاثة دنانير وتسوق بهما بدواً وحضراً فأراد الوصي أخذها بما أعطى فأجازه انتهى. وظاهر كلام ابن عرفة أنه موافق له ونصه لأشهب في الكتابين لا يعمل الوصي بمال اليتيم قراضاً كما لا يبيع منهم من نفسه ولا يشتري لهم. وقال بعض أصحابنا في كتاب آخر: إن أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله مضى ذلك انتهى. والمراد بالكتابين المجموعة والموازية. وظاهر كلام التوضيح أن القول الثاني من كمال القول الأول ومفرع عليه ونصه: قال ابن الحاجب:

عليه. وروى ابن القاسم: له أن يتجر في مال اليتيم ولا يضمن. وروى ابن وهب في البر والبحر. ومن ابن عات: إن كان الوصي أخاً لليتيم وتجر في المال وهو مشترك فالربح له وحسن له أن يواسي منه اليتامى اهـ. انظر هل هذا سلف جر نفعاً. ابن شاس: ثم الوصي يقضي ديون الصبي ويزكي ماله ويدفعه قراضاً أو بضاعة. وفي نوازل ابن الحاج: للقاضي أن يفرض للوصي أجرة على نظره. **(لا يعمل هو به)** ابن شاس: اختلف في عمله هو به قراضاً فمنعه أشهب.

ولا يعمل هو به قراضاً عند أشهب. قال في التوضيح: لأنه كمؤاجر نفسه وهو لا يجوز له ذلك كما لا يبيع له سلعة لنفسه. بعض أصحابنا: فإن أخذه على الجزء من الربح يشبه قراض مثله أمضى كشرائه لليتيم اهـ. وانظر عز وابن الحاجب وابن عرفة هذه المسألة لأشهب وقبول المصنف لذلك وإقراره مع أنها في المدونة في كتاب الرهون وهو نصها المتقدم في أول القولة التي قبل هذه وهو قوله: وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره. قال أبو الحسن: مخافة أن يحابي نفسه لأنه معزول عن نفسه خوف أن يحابي نفسه، فإن عمل به بنفسه فإن كان عمله مثل الجزء الذي سمى كان الربح بينهما على ما شرط، وإن خسر لم يضمن، وإن كان الجزء أكثر من العمل كان له قراض مثله فإن خسر اختلف هل يضمن أم لا، والتضمين ضعيف انتهى. وقال ابن رشد في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا في شرح مسألة وهي: وسئل عن الوصي أيقارض بمال اليتيم الذي أوصى إليه به؟ قال: نعم لا بأس ولا ضمان عليه فيه وإن هلك إن كان دفعه إلى أمين. ابن رشد: هذا كما قال إن للوصي أن يدفع مال يتيمه مضاربة لأنه ينظر له بما ينظر لنفسه، ومثل هذا في الرهون من المدونة أن للوصي أن يتجر بمال اليتيم أو يقارض به، ويكره أن يعمل هو به مضاربة. قال في الزكاة من كتاب ابن مزين: فإن عمل به بقراض مثله جاز ولم يكن عليه ضمان إن تلف، وإن عمل فيه بأكثر من قراض مثله فغبن اليتيم في ذلك رد إلى قراض مثله وضمن المال إن تلف. قال يحيى بن إبراهيم: قوله في الضمان ضعيف انتهى. فتحصل من هذا أن المسألة في المدونة أن النهي فيها على الكراهة كما صرح به ابن رشد وكما هو ظاهر لفظ المدونة، وأن ما في ابن مزين من تتمة المسألة وتفسير لها كما نقله أبو الحسن وكما يظهر من كلام ابن رشد المتقدم والله أعلم.

فروع: الأول: قال المشذالي في حاشيته في الرهون: أخذ من قوله في المدونة: وللوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة جواز الصلح على المحجور فيما ادعى عليه وخاف أن يثبت على المحجور أو طلب المحجور دعوى على الغير فخاف الوصي أن لا يثبت أنه يصالح على البعض بعطية أو يأخذه. ونص عليه صاحب الطراز. والجامع بينهما أنه جوز دفع المال مضاربة مع احتمال ذهابه فضلاً عن حصول رأس المال فضلاً عن الربح. قلت: قال في نوازل أصبغ: سألت ابن القاسم عن الوصي، أيصالح عن الأيتام؟ قال: نعم إن رآه نظراً. قال ابن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه عن الأيتام فيما يراه نظراً فيما طلب له وطلب به بأن يأخذ البعض ويترك البعض إذا خشي أنه لا يصلح له ما ادعاه أو يعطي من ماله بعض ما يطلب إذا خشي أن يثبت عليه جميعه، وهو له في النوادر مكشوف خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون أنه يجوز فيما يطلب له فيما يطلب به، والصواب أنه لا فرق بينهما. المشذالي: انظر الطرر في ترجمة

بيع الوصي على اليتيم داره إذا وهت أو خشي تهدمها انتهى.

تنبيه: وأما إبراء الوصي عنه الإبراء العام فقال البرزلي في آخر مسائل الوكالات: إنه لا يبرأ الوصي عنه مبارأة عامة وإنما يبرأ في المعينات. وفيه أيضاً: إنه لا يجوز إقرار الوصي والأب على الصغير. وتقدم في باب الإقرار عند قول المصنف «وإن أبرأ فلاناً مما له قبله» كلام البرزلي في الإبراء العام عن اليتيم.

الثاني: قال الوانوغي: لو عمل الوصي أو الأب في أرض الصغير مغارسة لأنفسهما كان لهما قيمة عملهما مقلوعاً. انتهى.

الثالث: إذا تجر الوصي بمال اليتيم لنفسه، فهل يكون الربح له أو لليتيم أو يفرق بين المليء فيكون له والمعدم فيكون لليتيم؟ ثلاثة أقوال حكاها المتيطي ونقلها عنه الوانوغي في الحاشية. والذي اقتصر عليه أكثر أهل المذهب أن الربح للموصي، وهو الذي عزاه عبد الملك لأكثر أصحاب مالك كما تقدم في كلام مختصر الواضحة في التنبيه الثالث من القولة التي قبل هذه، ونقله ابن فرحون في التبصرة والله أعلم.

الرابع: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تجر الوصي في مال المحجور فربح، فلما رشد اليتيم قال للوصي، إنما تجرت على أن الربح لي وأنكر الوصي، فقال ابن عبد السلام: القول قول الوصي مع يمينه انتهى. وعلى هذا القول فإن الربح للوصي.

الخامس: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تسلف الوصي على الأيتام حتى يباع لهم فتلف مالهم فلا ضمان عليه. المشذالي: يريد لا يلزمه أن يغرم ذلك من ماله لمن استسلفه منه. وهذا إذا قال للمسلف إنما استسلفه للأيتام، وأما إن لم يقل فالضمان لازم له. قاله في الطرر. وكان من حق الوانوغي أن لا يترك هذه الزيادة لإعطاء كلامه سقوط الضمان مطلقاً. انتهى.

السادس: منه أيضاً: لو كان للأيتام إخوة فأنفق الوصي على بعضهم من مال بعض، ضمن الوصي لمن أنفق من ماله ورجع بذلك على المنفق عليه انتهى.

السابع: قال في الطرر في باب زكاة: الفطر: من بيده مال الصغير من غير إيصاء فليرفع للإمام، فإن أنفقه عليه من غير إذن سلطان قال ابن القاسم: يصدق في مثل نفقة ذلك الصبي وزكاة الفطر قال سند: من غير إسراف إذا ثبت أنهم في نفقته وحجره، فإن تصرف في المال ببيع فخسر أو ببضاعة فذهب كان ضامناً كمن تجر في مال غيره بغير إذنه فإن تلف من غير أن يحركه فلا ضمان عليه. انتهى.

الثامن: قال في النوادر في كتاب البيوع في ترجمة شراء ما وكل على بيعه أو أسنده إليه أو تسلفه منه: ومن الواضحة قال مالك: ولا أحب أن يتسلف مما أودع أو كان فيه وصياً

وَٱشْتِرَاءٌ مِنَ التَّرِكَةِ، وَتُعُقِّبَ بِالنَّظَرِ، إِلاَّ كَحِمَارَيْنِ قَلَّ ثَمَنُهُمَا، وَتَسَوَّقَ بِهِمَا الْحَضَرَ وَالسَّفَرَ، وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي، وَلَوْ قَبِلَ، لاَ بَعْدَهُمَا،

انتهى. ص: **(والاشتراء من التركة وتعقب بالنظر)** ش: قال في الوصايا: الأول: ولا يشتري الوصي من التركة ولا يوكل ولا يؤمن فإن فعل تعقب ذلك انتهى. قال القرطبي في تفسير سورة البقرة في قوله تعالى ﴿ويسألونك عن اليتامى﴾ [البقرة: ٢٢٠] . اختلف هل له أن يشتري لنفسه من مال يتيمه؛ فقال مالك يشتري في مشهور الأقوال، والقول الثاني أنه لا ينبغي أن يشتري مما تحت يده شيئاً لما يلحقه من التهمة إلا أن يكون البيع في ذلك بيع سلطان في ملأ من الناس. وقال ابن عبد الحكم: لا يشتري من التركة ولا بأس أن يدس من يشتري له منها إذا لم يعلم أنه من قبله انتهى. وقال ابن الفرس في أحكام القرآن في هذه الآية: واختلف في الوصي يشتري من مال يتيمه أو يبيع منه ماله، فعندنا أنه جائز ما لم يحاب، ويكره أولاً في ابتداء. وانظر بقية كلامه. وقال ابن عرفة: وما في وصاياها خلاف ما في استبرائها. انتهى والله أعلم. ص: **(لا بعدهما)** ش: يعني أنه ليس للوصي أن يعزل نفسه بعد موت الموصي وقبوله هو للوصية، وظاهره سواء أقام أحداً عوضه أم لا. وهذا هو الظاهر وبه أفتى جماعة. ومعنى ذلك إذا تبرأ عن الإيصاء جملة بحيث إنه لم يبق له نظر أصلاً ويجوز له أن يوكل على الأيتام من يتولى أمورهم بأمره. قال الجزيري في وثائقه: وللوصي أن يوصي بما إلى نظره إذا لم يكن معه شريك في الإيصاء وليس له أن يفوض الإيصاء إلى غيره في حياته، وله أن يوكل من ينظر بأمره انتهى. وقال في المسألة الثالثة من نوازل عيسى بن دينار من كتاب البضائع والوكالات: وسئل عيسى عن الرجل يوكل وكيلاً على خصومه وقيام لبنيه أو تقاض ديون أو على وجه من الوجوه كلها، فيريد الوكيل أن يوكل غيره على ما وكل عليه من ذلك في حياة الموكل أو عند موته، أيجوز هذا؟ قال: لا يوكل وكيلاً على ما وكل عليه أحداً غيره، وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته أو عند موته. فتكلم ابن رشد على مسألة توكيل الوكيل ثم قال: وقوله: «وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته وعند موته» هو نص قول مالك وجميع أصحابه

(ولا الشراء من التركة وتعقب بالنظر) من المدونة: لا يشتري الوصي لنفسه من التركة ولا يوكل، يريد من يشتري له فإن فعل تعقب ذلك، فإن كان فيه فضل كان للأيتام **(إلا كحمارين قل ثمنهما وتسوق بهما الحضر والسفر)** من المدونة: سأل وصي مالكاً عن حمارين من حمر الأعراب في تركة الميت ثمنهما ثلاثة دنانير تسوق بهما الوصي في المدينة والبادية، فإن أخذهما لنفسه بما أعطى فأجاز ذلك واستخفه لقلة الثمن. **(وله عزل نفسه بعد القبول في حياة الموصي ولو قبل)**. ابن شاس: للموصي عزل الوصي وللموصي عزل نفسه بعد القبول في حياة الموصي. ابن عرفة: ظاهر المدونة خلاف هذا.**(لا بعدهما)** من المدونة: إذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد

لا اختلاف بينهم فيه، وإنما اختلفوا في الوصيين أو الأوصياء هل لأحدهم أن يوصي بما إليه لشريكه ولغيره أم ليس له ذلك، أوله أن يوصي به لشريكه لا إلى غيره؟ ثلاثة أقوال. قال: والأول هو أصح الأقوال وأولاها بالصواب انتهى. فقوله «إنما يجوز للوصي إلى آخره» معناه يجوز له أن يوكل على ما فوض إليه في حياته وعند موته. وقال ابن رشد في شرح المسألة العاشرة من رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا: للوصي أن يوصي بما أوصى به إليه في حياته وبعد وفاته لا خلاف احفظه في ذلك انتهى. وفي ابن سلمون ناقلاً عن مسائل ابن الحاج قال: إذا أراد الوصي أن يتبرأ من الإيصاء إلى رجل آخر بعد أن ألزمه، فليس له ذلك إلا لعذر بين وله فعل ذلك عند حضور موته لأنه من أبين العذر. وحكى الباجي في وثائقه أن له أن يوكل غيره في حياته وبعد مماته، ولا يجوز لوكيل القاضي على النظر لليتيم أن يوكل بما جعل إليه أحداً غيره حيي أو مات، ولا أن يوصي به إلى أحد انتهى.

ونقل البرزلي كلام الباجي ونصه: ولا يجوز لمقدم القاضي توكيل أحد بما جعل إليه والوصية به لا في حياته ولا عند موته انتهى. قال في مختصر المتيطية: وللوصي أن يوصي عند الموت بما جعل إليه إلى من شاء إن كان منفرداً بالنظر، ويكون وصي الوصي كالوصي. وإن أراد الوصي في حياته أن يجعل ما بيده إلى غيره لم يكن له ذلك، وإنما له أن يوكل من ينظر بأمره. قال ابن العطار وغيره. وقال ابن زرب: له ذلك. قيل: فإن أراد أن يعود في نظره؟ قال: ليس له ذلك لأنه قد تخلى عنه اهـ. وفي مسائل الوصايا من البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر قال: ذلك جائز ويتنزل منزلته. قيل له: فلو أراد العود في نظره؟ قال: ليس له ذلك وقد تخلى منه إلى الذي وكل انتهى. وفي المتيطية: وإذا قبلها في مرض الموت الذي توفي منه أو بعد موته وتولى النظر، ثم أراد أن يتخلى، فليس ذلك له إلا أن يخليه شريكه في النظر إن كان معه شريك وكان في الوصية أن من عاقه عائق فالباقي منفرد، فإن لم يكن في الوصية هذا الشرط فإن القاضي يخليه ويقدم غيره إن كان منفرداً وكان معه غيره ولم يكن في الوصية هذا الشرط إذا ظهر له عذر ووجد من يقوم مقامه، وإن لم ينعقد عليه التزام في مرض الموصي ولا نظر بعد موته وأبى النظر فلا يجبر على النظر. قال في أحكام ابن بطال: وإن أنكر القبول حلف على ذلك وبرىء انتهى. وظاهر كلام المصنف أيضاً أنه ليس له أن يعزل نفسه ولا للقاضي أن يخليه بعد الموت والقبول، سواء في حياة الموصي أو بعد موته، وهو ظاهر كلام ابن الحاجب قال: وليس له رجوع بعد الموت والقبول على الأصح. قال في التوضيح: ظاهره سواء قبل في حياة الموصي أو بعد موته. ونص في المدونة على الأول، وأشهب على الثاني. قال: وسواء قبل لفظاً أو جاء منه ما يدل على ذلك من البيع والشراء لهم ما يصلحهم والاقتضاء والقضاء أو غير ذلك. قال ابن عبد السلام: وقال بعضهم: لا فرق بين قبوله بعد الموت وقبله لأن له الرجوع. وأخذ من تعليل أشهب

وَإِنْ أَبَى الْقَبُولَ بَعْدَ الْمَوْتِ: فَلاَ قَبُولَ لَهُ بَعْدُ،

رجوعه في الحياة فإنه لم يغيره فألزمه اللخمي أن يكون له الرجوع إن قبل بعد الموت لكونه لم يغيره انتهى. وذكر البرزلي عن ابن عات عن أبي ورد قال: إذا كان قبوله في حياة العاهد فلا يخليه القاضي إلا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته فللقاضي أن يخليه بغير عذر، وللفرق بينهما شرح يطول وهذا حقيقة الفقه في هذا الفصل.

قلت: هو ظاهر قولها إذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد وفاته. وعليه سئل إذا خلى القاضي الوصي لعذر ثبت له وكان معه في النظر شريك هل يعذر إلى شريكه فيما ثبت له من العذر؟ فقال: إذا كان قبوله في حياة العاهد فلا بد من الإعذار إلى شريكه ثم يعمل بحسب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته حيث يكون للقاضي أن يعقبه دون عذر كما تقدم فإنه لا متكلم لشريكه في ذلك فكيف يعذر إليه. وله أيضاً إذا كان في الوصية من عاقه منها عائق فالباقي منفرد، فليس له أن يخليه من غير عذر، ولو كان له أن يخليه من غير عذر لكان قوله: «إلا أن يخليه شريكه» معترضاً أيضاً، لأن شريكه لا يخليه إنما يخليه الموصي بشرطه في وصية من عاقه عائق فالباقي منفرد انتهى. ثم ذكر عن ابن ورد أن العذر لا بد أن يثبت أنه مانع له من القيام ألبتة، وأما إن لم يكن إلا أنه يشق عليه فلا يخل بمثل ذلك ويكون العذر أيضاً طارئاً بعد القبول. وأما إن كان حال القبول فلا إلا أن يثبت أنه لا يقدر على القيام فيما أدخل نفسه فيه انتهى. ومن هذا المعنى ما وقع في المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب الوصايا وهي تتضمن فرعاً آخر وهو أن للوصي أن يرسل اليتيم إلى غير البلد الذي هو فيه إذا كان له فيه مصلحة ونصه: قال: وسئل يعني مالكاً عمن توفي بالمدينة وأوصى إلى رجل أن امرأته أولى بولدها ما لم تنكح، فأرادت امرأته الخروج إلى العراق بولدها منه وهناك أهلها فقال: ليس لها ذلك. فقيل: إن لولده ثم ديون. قال: ما أرى ذلك لها. قيل: إذا يهلك ديوانهم وهم صغار. قال: هذا إن كان هكذا فلينظر في ذلك لليتامى؛ فإن رأى ولي اليتيم أن لهم المقام أقاموا، وإن رأى أن السير أرفق بهم ساروا. قال محمد بن رشد: هذا كما قال أنه ليس للأم أن ترحل بولدها الذي في حضانتها عن بلد الموصى عليهم وإن كان الأب أوصى أنها أولى بولدها ما لم تنكح لأن ذلك من حقها وإن لم يوص لها به مع أنها لا تغيب به إلى بلد آخر عن الوصي إلا أن يرى ذلك الوصي أو السلطان نظراً للأيتام لئلا يزول بمغيبهم اسمهم عن الديوان الذي كان يرتزق عليه أبوهم فتدركهم الضيعة انتهى. ويؤخذ من هذه المسألة جواز تسفير الوصي من في حجره لمصلحة، وقد قال في كتاب الوصايا الثاني: وإن أوصى أن يحج عنه عبد أو صبي بمال فذلك نافذ ويدفع ذلك إليه ليحج به إذا أذن السيد

موته. **(وإن أبى القبول بعد الموت فلا قبول له بعده)** أشهب: لو قبل الوصي الوصية بعد موت الموصي أو جاء منه ما يدل على القبول من بيع أو شراء لزمته الوصية، ولو امتنع منها في حياته وبعد

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ، لاَ فِي تَارِيخِ الْمَوْتِ، وَدَفْعِ مَالِهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ.

والوالد، وإن لم يكن للصبي أب فأذن له الولي في ذلك؛ فإن كان على الصبي فيه مشقة وضرر وخيف عليه في ذلك ضيعة فلا يجوز إذنه فيه، وإن كان الصبي قوياً على الذهاب وكان ذلك نظراً له جاز إذنه لأن الوصي له أذن له أن يتجر وأمره بذلك جاز، ولو خرج في تجارة من موضع إلى موضع بإذن الولي لم يكن به بأس، فكذلك يجوز إذنه في الحج على ما وصفنا. وقال غيره: لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا. قال ابن القاسم: فإن لم يأذن له وليه وقف المال إلى بلوغه، فإن حج به وإلا رجع ميراثاً انتهى. وظاهر كلامهم ولو كان في الطريق بحر. وقد تقدم في باب الحضانة أن الأصح أن للولي أن يسافر بمن في حجره إذا كانت الطريق مأمونة ولو كان فيها بحر، وتقدم هنا أن التجر بمال اليتيم في البحر والبر جائز مع الأمن والله أعلم.

تنبيه: تقدم في باب الحج عن ابن فرحون أنه نقل أن للوصي والولي غير المحرمين أن يسافرا بالصبية إذا لم يكن لها أهل تخلف عندهم وكانوا مأمونين، ويختلف فيه إن كان للصبية أهل وهو مأمون وله أهل انتهى. ص: **(والقول له في قدر النفقة)** ش: قال في الشامل: وصدق في قدر النفقة دون سرف مع يمينه إن بقي تحت حجره على الأكثر. وهل يجاب إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ولا يحلف، أو لا بد من يمينه قولان انتهى. وأصله في التوضيح وعزا الأول لأبي عمران، والثاني لعياض قائلاً: إذ قد يمكن أقل مما ذكر. قال الشارح في الكبير: وهو الظاهر عندي قال ابن غازي: قال ابن عبد السلام: والقول للوصي في أصل الإنفاق انتهى.

فرع: قال في مختصر النوازل: وإقرار الرجل في مرضه ليتيمه بمال يمنع من طلبه بما كان ينفق عليه في حياته إذ حكم ذلك حكم الإسقاط انتهى. يعني أن الورثة إذا أقر مورثهم بمال ليتيمه فطلبوا اليتيم بما كان مورثهم ينفقه عليه فليس لهم ذلك. انظر نوازل ابن رشد، وتقدم لفظ النوازل في النفقات عند قول المصنف: «وعلى الصغير إن كان له مال». والمسألة في مسائل الوصايا من النوازل. ص: **(وضمن المال قبل بلوغه)** ش: هذا هو المشهور ومقابله لابن عبد الحكم القول للوصي. ومنشأ الخلاف قوله تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا﴾

موته فلا قبول له بعد ذلك. **(والقول له في قدر النفقة)** من المدونة: يصدق الوصي في الإنفاق على الأيتام وإن كانوا في حجره ما لم يأت بسرف. ابن عات: لأنه لو كلف البينة على ذلك لشق عليه، وهذا من الأمر الموضوع لذلك. قال مالك: إن اللقطة تدفع لمن جاء بعلامتها **(لا في تاريخ الموت ودفع ماله بعد بلوغه)** وقال مالك: لا يقبل قول الوصي في دفع المال لليتيم بغير إشهاد ويقبل قوله في النفقة. قال عبد الوهاب: وفي الجميع هو مدع لإخراج المال عن ذمته. ابن شاس: إن نازع الوصي

باب الفرائض

يُخْرَجُ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ: حَقٌّ تَعَلَّقَ بِعَيْنٍ: كَالْمَرْهُونِ، وَعَبْدٍ جَنَى ثُمَّ مُؤَنُ تَجْهِيزِهِ بِالْمَعْرُوفِ، ثُمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ، ثُمَّ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلُثِ البَاقِي،

[النساء: ٦] هل لئلا تغرموا أو لئلا تحلفوا؟ وعلى المشهور إذا قلنا لا يقبل قول الوصي فقال مالك في الموازية: إلا أن يطول زمن ذلك كالثلاثين والعشرين سنة يقيمون معه ولا يطلبونه ولا يسألونه عن شيء ثم يطلبونه فإنما عليه اليمين. ابن رشد: وهو ظاهر قسمة العتبية ووجهه ظاهر، لأن العرف بكذبهم. وقال ابن زرب: إذا قام بعد عشر سنين أو ثمان لم يكن له قبله إلا اليمين. ابن عبد السلام: ومال ابن رشد إلى القول الأول. خليل: وينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال وذلك يختلف والله أعلم.

باب

ص: (يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه

الصبي في تاريخ موت الأب إذ به تكثر النفقة أو في دفع المال إليه بعد البلوغ والرشد، فالقول قوله إذ الأصل عدم ما ادعاه الوصي وإقامة البينة عليه ممكن مأمور به الصبي. ابن شاس.

كتاب الفرائض

وفيه ستة أبواب: الأول في بيان الورثة والتوريث، إما بسبب وإما بنسب. الباب الثاني في موانع الميراث وهي ستة. الباب الثالث في أصول الحساب وبيان المخارج. الباب الرابع في حساب مسائل الإقرار والإنكار. الباب الخامس في حساب مسائل الوصايا. الباب السادس في حساب المناسخات وقسمة التركات. **(باب يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون)** ابن عرفة: أول ما يخرج من كل التركة بعينها الرهن المحوز وأم الولد. **(وعبد جنى)** قال مالك وعبد العزيز: ونحوه للمشيخة السبعة وأحمد بن عبد العزيز: إذا جنى المدبر خير سيده بين أن يفدي خدمته بجميع ما جنى وإما أن يسلم خدمته. فإن مات السيد قبل الوفاء ولا دين على السيد وكان يخرج من ثلثه عتق وأتبع ببقية الجناية، وإن كان على السيد دين يغترقه فالمجني عليه أحق برقبته يكون له رقاً لا تدبير فيه إلا أن يفديه أهل الدين بدية الجناية فيباع لهم. **(ثم مؤنة تجهيزه)** ابن رشد. أول ما يخرج من كل التركة الحقوق المعينات مثل الرهن وأم الولد وزكاة ثمر الحائط الذي أزهى، وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها وفيها الشيء الذي وجب فيها هذه تخرج كلها، وإن أتت على جميع التركة. وأما الحقوق التي ليست بمعينات فآكدها وأولاها بالتبدئة من رأس المال الكفن وتجهيز الميت ثم حقوق الآدميين من الديون. **(بالمعروف)** ابن عرفة: يبدأ من مال الميت بحنوطه وكفنه ومورواته بالمعروف. **(ثم تقضى ديونه)** تقدم قول ابن رشد: ثم حقوق الآدميين من الديون. **(ثم وصاياه من ثلث الباقي)** ابن عرفة: المخرج من

ثُمَّ الْبَاقِي لِوَارِثِهِ

بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لوارثه) ش: هذا الباب يسمى باب الفرائض. فقوله باب أي هذا باب يذكر فيه الفرائض وهو الفقه المتعلق بالإرث، وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة، فحقيقته مركبة من الفقه المتعلق بالإرث، ومن الحساب الذي يتوصل به إلى معرفته قدر ما يجب لكل وارث. وبدأ أولاً ببيان الحقوق المتعلقة بالتركة ونهايتها خمسة كما ذكره. وطريق حصرها إما بالاستقراء وهو الظاهر، أو بغيره وفي ذلك طريقان: أحدهما أن يقال: الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت. والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أولا. الأول هو الحقوق المعينة وإليه أشار بقوله: «حق تعلق بعين»، والثاني الدين المطلق وإليه أشار بقوله: «ثم تقضى ديونه». والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه، أو لغيره وهو الوصية وإليه أشار بقوله: «وصاياه» أو هو الميراث وإليه أشار بقوله «ثم الباقي لوارثه». والطريق الثاني أن يقال: الحق إما للميت أو عليه أو لا له ولا عليه. الأول مؤن التجهيز، والثاني إما أن يتعلق بالذمة فقط وهو الدين المطلق، أو لا وهو المتعلق بعين التركة. والثالث إما اختياري وهو الوصية، أو اضطراري وهو الميراث. وذكر المصنف هذه الحقوق مرتبة فكل واحد مقدم على ما بعده. وقوله: «يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين» أي بعين من التركة أو بهما جميعاً. والتركة بفتح التاء وكسر الراء ويجوز تسكين الراء مع فتح التاء وكسرها وهو بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب. وتركة الميت تراثه وهو الميراث. وضبطه بعضهم بأنه حق قابل للتجزي ثبت لمستحق بعد موت من كان له لوجود قرابة بينهما أو ما في معناها. والمراد بالعين الذات، ثم مثل للحق المتعلق بالعين بقوله: «كالمرهون» يعني إذا حيز قبل موت الراهن الحوز الشرعي المتقدم في باب الرهن، وبقوله: «وعبد جنى جناية» أي جناية توجب مالاً كالخطأ والعمد إذا عفى الولي على مال واستهلك، مالاً لشخص لم يأتمنه عليه، فلو اجتمع في الجاني رهن وجناية قدم المجني عليه لانحصار حقه في عين الجاني فيخير الورثة بين أن يفدوه أو يسلموه، فإن فدوه بقي رهناً، وإن أسلموه خير المرتهن بين أن يسلمه للمجني عليه ويبقى دينه بلا رهن، أو يفديه بأرش الجناية. ثم إذا حل الدين بيع ويبدأ بما فداه به المرتهن، فإن لم تف قيمته بما فداه لم يتبع الورثة بشيء، وإن فضل منها شيء أخذ من دينه وما فضل بعد ذلك فللورثة.

واعلم أن الذي يخرج من التركة قبل وقوع المواريث فيها ينقسم على قسمين: أحدهما ما يجب إخراجه من رأس المال. والثاني ما يجب إخراجه من الثلث، وما يجب إخراجه من

الثلث الوصايا وتبرعات مرض موته. **(ثم الباقي لورثته)** قال الراجز:

إن امرؤ قد قدرت منونه كفن ثم أديت ديونه

رأس المال مقدم على ما يجب إخراجه من الثلث، وما يجب إخراجه من رأس المال على وجهين، أحدهما حقوق معينة، والثاني حقوق ليست بمعينة. فأشار المؤلف إلى الوجه الأول بقوله «يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى». قال في المقدمات بعد أن ذكر التقسيم المتقدم: فأما الحقوق المعينة فتخرج كلها وإن أتت على جميع التركة وذلك مثل أم الولد والمرتهن والزكاة، ثم الحائط الذي يموت عنه صاحبه وقد أزهت ثمرته وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه وفيها السن الذي تجب فيها وما أقر به المتوفى من الأصول والعروض بأعيانها لرجل أو قامت على ذلك بينة انتهى. فهذا ونحوه هو الذي أشار إليه المؤلف بالكاف في قوله «كالمرهون والعبد الجاني مرهون في جنايته». وزاد أبو الحسن: والصبرة المبيعة على الكيل انتهى. وزاد ابن عرفة: وسكنى الزوجة مدة عدتها مسكنها حين موته بملكه أو بنقد كرائه انتهى. وزاد الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة المعتق إلى أجل انتهى. وهو ظاهر والله أعلم. وكذلك الهدي إذا قلده سواء كان تطوعاً أو واجباً كما صرح به في كتاب الحج من المدونة، وذكر أنه لا يرجع ميراثاً. قال سند: ولا يباع في دين استحدثه بعد التقليد. وقال في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأضحية: إنه يباع في الدين المتقدم. وتقدم في الحج أن السوق في الغنم يتنزل منزلة التقليد في غيرها، وكذلك الأضحية إذا تعينت إما بالنذر أو بالذبح. قاله ابن الحاجب. وما ذكره ابن رشد في زكاة الحرث ذكره أيضاً ابن عرفة وأبو الحسن الصغير واللخمي والمؤلف في التوضيح في كتاب الوصايا، وتقدم في هذا الكتاب في باب الوصايا أنها تنفذ من رأس المال ولو لم يوص بها ولكن قيده في التوضيح فقال: إلا أن تيبس الثمرة أو تطيب أو يجذها ويجعلها في الجريب ببلد لا ساعي فيها، فالظاهر على قول ابن القاسم أنه لا يلزم الورثة إخراجها لأنه لو أخرجها أجزأته، لأن ذلك كالعين المفرط فيها، وأما إن لم تيبس فيجب على الورثة إخراجها لأنه لو أخرج الزكاة قبل الجذاذ لم تجزه. ذكره عبد الحق عن ابن مسلمة في المبسوط قال: وما رأيت خلافه انتهى.

وقد تقدم في الزكاة خلافه، وما ذكره ابن رشد في المقدمات في زكاة الماشية جعله ابن عرفة أحد الطريقين ونصه: أول ما يخرج من كل التركة معيناً أم الولد والمحوز والمرهون وزكاة حب وتمر حين وجوبها، وفي كون وجوب زكاة ماشية في مرضه كذلك طريقان: اللخمي كذلك إن لم يكن ساع ابن رشد: كذلك إن كان فيها سنها انتهى. وفي جعله كلام ابن رشد واللخمي خلافاً نظر. اللخمي: إنما أطلق لأنه إنما ذكر ما يخرج من رأس المال ولم يفصل فيه معيناً من غيره. وابن رشد لما أن ذكر المعينات ذكر منها الماشية التي حل حولها وليس فيها السن الواجب كما سيأتي إن شاء الله. وأما تقييد اللخمي ذلك بعد الساعي فلا يخالف فيه ابن رشد أيضاً، لأن الساعي إذا كان موجوداً وحل حول الماشية ومات ربها قبل مجيء الساعي سقطت زكاتها ويستقبل بها الوارث حولاً كما تقدم في باب الزكاة، ففي عده كلام اللخمي

وابن رشد طريقين نظر لا يخفى والله أعلم. ثم أشار المؤلف إلى الوجه الثاني وهو الحقوق التي تخرج من رأس المال وليست بمعينة بقوله «ثم مؤنة تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه». قال ابن رشد في المقدمات: وأما الحقوق التي ليست بمعينات، فإن كان في التركة وفاء بها أخرجت كلها، وإن لم يكن فيها وفاء بدىء بالأوكد فالأوكد منها، وما كان بمنزلة واحدة تحاصوا في ذلك فآكد الحقوق وأولاها بالتبدئة من رأس المال عند ضيقه الكفن وتجهيز الميت إلى قبره انتهى. قال أبو الحسن الصغير: لأن الغرماء على ذلك عاملوه في حياته يأكل ويكتسي والكفن وتجهيزه إلى قبره من توابع الحياة انتهى. وقال في الرسالة: ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث. قال الشيخ يوسف بن عمر: يريد آلة الدفن من أجرة الغسال والحمال والحفار والحنوط وغير ذلك. والكفن ثلاثة أثواب. ولا كلام للورثة في ذلك ولا للغرماء لأن الدفن في ثوب واحد مكروه انتهى. وهذا خلاف المشهور. وقد قدم المؤلف أنه لا يقضى بالزائد على الواحد إن شح الوارث إلا أن يوصي في ثلثه. وقال ابن ناجي: أراد الشيخ أن مؤنة الدفن كالكفن وخشونة الكفن ورقته على قدر حاله انتهى. وهذا الذي قاله المؤلف في باب الجنائز وكفن بملبوسه لجمعته، وهذا معنى قول المصنف هنا: «ثم مؤنة تجهيزه بالمعروف». ثم قال ابن رشد: ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة على المتوفى بالبينة العادلة أو بإقراره بها في صحته أو في مرضه لمن لا يتهم عليه انتهى. وقوله «لمن لا يتهم عليه» مفهومه أنها إذا كانت لمن يتهم عليه لا تنفذ من رأس المال وهو كذلك بمعنى أنها لا تدفع للمقر له وإلا فهي تحسب من رأس المال ولا يكون ما يخرج من الثلث إلا بعدها ثم ترجع ميراثاً. قاله في أول الوصايا من المدونة. ونصه: وإذا أقر المريض بدين وأوصى بزكاة مال فرط فيها وبتل. في المرض ودبر فيه وأوصى بعتق عبد له بعينه وشراء عبد بعينه ليعتق وأوصى بكتابة عبد له وأوصى بحجة الإسلام وبعتق نسمة بغير عينها، فالديون تخرج من رأس ماله. وإن كانت لمن يتهم فيه، وهذا الذي ذكرناه في ثلث ما بقي، فإن كان الدين لمن يجوز إقراره أخذه، وإن كان لمن لا يجوز إقراره له رجع ميراثاً انتهى. وانظر فك الأسير ومدبر الصحة ونكاح المريضة، هل يدخلون فيما ذكر من الدين المقر به لمن يتهم وهو الذي يظهر من التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الوصايا ولا مدخل للوصية فيما لم يعلم به، أو لا يدخلون وهو الظاهر من هذا المحل من المدونة. ثم رأينا في ابن يونس في كتاب المدبر أن المدبر في الصحة يدخل في ذلك فيكون فك الأسير المقدم عليه من باب أولى فتأمله والله أعلم. قال ابن رشد: ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته، ويبدأ من ذلك في رأس ماله الأوكد فالأوكد كما يبدأ الآكد فالآكد في ذلك إذا فرط فيه في حياته وأوصى به أن يؤدي عنه بعد وفاته، وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه وليس فيه السن الواجبة فيها تجري في التبدئة مجرى ما لم يخرجه عند حلوله وأشهد به على نفسه في صحته انتهى.

قلت: قوله «ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته» مشكل لأنه يقتضي أن من فرط في زكاة ماله مدة من الزمان ثم أشهد أنها في ذمته ثم مات أنها تؤخذ من رأس المال، وكذلك من أشهد أن في ذمته كفارات وأنه قدر نذر أن يعطي فلاناً كذا وكذا الشيء سماه وعينه ثم مات وهو في يده أنه يؤخذ من رأس ماله، بل لو أشهد أنه نذر أن يتصدق على المساكين بكذا وكذا وأنه باقٍ في ذمته أنه يؤخذ من رأس ماله. وقد نص في المدونة وغيرها على أنه إذا نذر أن يتصدق على المساكين بجميع ماله يؤمر بإخراج ثلث ماله ولا يجبر على ذلك، فإن كان لا يجبر عليه في حياته فكيف يؤمر الورثة بإخراجه من رأس المال؟ وقال البرزلي في أوائل مسائل الهبة: من قال لله علي صدقة مالي وثلثه لفلان فيلزمه ما دام حياً، فإذا مات بطل لأن صدقته وجبت باقتراب فمن شرطها الحوز قبل الوفاة انتهى. وقال في باب الزكاة من النوادر: وإن مات بعد الحوز فما حل ولم يفرط أو قدم عليه فأمر بإخراجه في مرضه أو أوصى بذلك فهو من رأس ماله. قاله مالك. وإن لم يوص لم يجبر ورثته وأمروا بذلك. وقال أشهب: هي من رأس ماله وإن لم يوص أو لم يفرط. وقال أشهب في زكاة الفطر: إن من مات يوم الفطر وليلته ولم يوص فهي من رأس ماله. وقال ابن القاسم: لا تجبر ورثته إلا أن يوصي فتكون من رأس ماله انتهى. ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد وزاد فيه ونصه إثر كلامه المتقدم في الموضعين: وأوله كلياً مؤنة إقباره ثم دين لآدمي ثم ما أشهد به في صحته فواجب عليه في صحته لله تعالى من زكاة أو كفارات. ابن رشد: أو نذر.

قلت: للباجي عن عبد الحق عن بعض شيوخه: نذر الصحة في الثلث فلعل الأول في الملتزم، والثاني في الموصى به وإلا تناقضا، ويقدم منها في ضيق التركة المقدم منها في ضيق الثلث وفي كون زكاة عين حلت في مرضه من رأس ماله مطلقاً أو إن أوصى بها وإلا أمر الوارث بها ولم يجبر قولا اللخمي مع أشهب وابن القاسم انتهى. والثاني مذهب المدونة وهو المشهور كما تقدم، ومفهوم قول ابن رشد إذا أشهد في صحته أنه لو لم يشهد لم يخرج من رأس المال بل ولا من الثلث وهو كذلك إلا المتمتع إذا مات بعد رمي جمرة العقبة فالهدي عند ابن القاسم وهو المشهور من رأس ماله وإن لم يوص بها فينبغي أن يجعل رتبته بين حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي أوصى بها. قال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحج: وسئل عن المتمتع يموت بعرفة وما أشبه ذلك، أترى عليه هدياً؟ قال: من مات قبل رمي الجمرة فلا شيء عليه، ومن رمى فأرى أن قد وجب عليه الهدي. قال عيسى: سألت ابن القاسم عن هديه هل من رأس المال أو في ثلثه؟ قال: بل في رأس المال وذلك أنه لم يفرط. وقال سحنون: لا يعجبني ما قال ولا يخرج من رأس ماله ولا من ثلثه إلا أن يشاء الورثة. ألا ترى أن من تجب عليه الزكاة قد عرف ذلك ثم يموت ولم

مِنْ ذِي النِّصْفِ الزَّوْجُ، وَبِنْتٌ، وَبِنْتُ ابْنٍ، إِنْ لَمْ تَكُنْ بِنْتٌ، وَأُخْتٌ شَقِيقَةٌ، أَوْ لِأَبٍ، إِنْ لَمْ تَكُنْ

يفرط في إخراجها أنه إن أوصى بها كانت من رأس المال، وإن لم يوص لم تكن في ثلث ولا من رأس مال إلا أن يشاء الورثة؟ ابن رشد: إنما قال ابن القاسم إنه يكون في رأس المال إن لم يوص به إذا لم يفرط بخلاف الزكاة التي لم يفرط فيها، لأن الهدي لا يخفى وليس مما يفعل سراً كالزكاة التي يمكن أن يكون لم يوص بها من أجل أنه أداها سراً، فتفرقة ابن القاسم بين المسألتين أظهر من مساوات سحنون بينهما، ألا ترى أنه لا يختلفون في وجوب إخراج الزكاة من الزرع الذي يموت عنه صاحبه وقد بدا صلاحه وإن لم يوص بإخراجها منه للعلم بأنه لم يؤد زكاتها. وأشهب يرى إخراج زكاة المال الناض واجباً وإن لم يوص بإخراجها إذا مات عند وجوبها ولم يفرط انتهى. وعزا اللخمي قول ابن القاسم لمحمد قال: وعلى هذا من وجب عليه عتق رقبة من ظهار، فإن لم يفرط أعتق عنه من رأس ماله، وإن فرط لم يعتق عنها انتهى. وهو كلام ظاهر ومثله عتق كفارة القتل وكل ما كان ظاهراً لا يخفى ولم يفرط فيه والله أعلم. وإلى جميع ما تقدم أشار المؤلف بقوله: «ثم تقضى ديونه» لأن حقوق الآدميين وحقوق الله يصدق عليها كلها ديون. وكذلك عبارة الرسالة: ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث. ولهذا قال شارحه الشيخ يوسف ابن عمر: ثم الدين الذي بعوض والذي يثبت بالبينة أو بإقرار الميت في صحته أو بإقراره في مرضه لمن لا يتهم عليه، ثم الدين الذي بغير عوض مثل الزكاة التي فرط فيها وأقر بها في صحته والكفارات ثم بعد هذا الوصية انتهى. ولكنه ليس في كلام المؤلف ولا في كلام صاحب الرسالة ما يدل على أن حقوق الآدميين مقدمة على حقوق الله تعالى. وقوله: «ثم وصاياه من ثلث الباقي» يريد وما يخرج مع الوصايا مما هو مقدم عليها كما تقدم، ثم الباقي لورثته، وإنما قدمت الوصية على الميراث لاحتمال أن يبقى من الثلث شيء لهم.

تنبيه: قال البرزلي: وكان شيخنا الإمام رحمه الله يقول: من أراد أن يتحيل بإخراج ماله بعد موته فليفعل مثل ما ذكر في هذا القسم انتهى. يعني أنه يشهد في صحته بشيء من حقوق الله تعالى والله أعلم. **ص: (من ذي النصف) ش:** من الفرضيين من لم يتعرض لعد الوارث وإنما يقول الفروض ستة، ثم يقول أصحاب النصف كذا وأصحاب كذا كذا إلى آخره، ومنهم المصنف لكنه لشدة الاختصار لم يعد أولاً الفروض بل كلما ذكر فرضاً اتبعه بأصحابه، ومن الفرضيين من يعد الورثة أولاً ثم يذكر الفروض كابن الحاجب والله أعلم. **ص: (وعصب كلاً أخ يساويها) ش:** أي عصب كل واحدة من البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة

وبعد ذا تنفذ الوصية ويقع في الميراث البقية. **(من ذوي النصف الزوج وبنت وابنة ابن إن لم تكن بنت وأخت شقيقة أو لأب إن لم تكن شقيقة)** ابن شاس: أما الفروض التي هي أصول فستة: النصف ونصفه وربعه والثلثان ونصفهما وربعهما. فالنصف فرض خمسة: الزوج مع عدم الحاجب، وبنت الصلب، وبنت الابن مع عدمها، والأخت للأب والأم أو للأب مع عدمها. **(وعصب كلا أخ**

شَقِيقَةٌ، وَعَصَّبَ كَلاًّ: أَخٌ يُسَاوِيهَا، وَالجَدُّ الأُولَيَانِ، وَالأُخْرَيَيْنِ،

والأخت للأب أخ يساويها أي في الوصف الذي ترث به، فيعصب الشقيقة أخ يساويها أي شقيق فتأخذ الثلث ويأخذ الثلث، ولا يعصبها الأخ للأب بل تأخذ من فرضها النصف، ثم يكون له ما بقي بعد الفروض. ويعصب الأخت للأب أخ يساويها أي للأب فتأخذ هي وهو المال للذكر مثل حظ الأنثيين كما تقدم في الشقيقة، ولو كان شقيقاً لم يعصب التي للأب بل يسقطها. ويعصب البنت أخ لها يساويها في الوصف الذي ترث به وهو البنوة ولا يلتفت لكونه شقيقاً لها أو لأب. ويعصب بنت الابن أخ يساويها في كونه ابن ابن، سواء كان شقيقاً لها أو لأب ويعصبها غيره كما سيأتي فصح قول المؤلف: «أخ يساويها». وكون بنت الابن يعصبها غيره أيضاً لا يرد عليه لأن المصنف لم يحصر، فسقط قول من قال أما الشقيقة والأخت للأب فيعصب كل واحدة منهما أخوها المساوي لها في كونهما شقيقين أو لأب، وأما بنت الصلب فيعصبها أخوها كيف كان. وأما بنت الابن فيعصبها أخوها وابن عمها وقد يعصبها ابن أخيها أو حفيد عمها كما يشير إليه بعد فلا يخفاك ما في كلامه هذا انتهى. وقد ظهر لك بيانه والله أعلم.

تنبيه: الفرضيون يقولون: العصبة ثلاثة أقسام: عصبة بنفسه فهم كل ذكر إلا الزوج والأخ للأم والمعتقة من الإناث فقط. وعصبة بغيره وهي أربع البنت فأكثر وبنت الابن فأكثر والأخت الشقيقة فأكثر والأخت للأب فأكثر، يعصب كلاً من تقدم ذكره ومن يأتي في بنت الابن. وعصبة مع غيره وهي الأخت فأكثر شقيقة أو لأب مع البنت وبنت الابن. فأشار المؤلف إلى العصبة بنفسه بقوله فيما يأتي: «ولعاصب ورث المال» إلى آخره. وأشار إلى العصبة بغيره بقوله: «وعصب كل أخ يساويها» وأشار إلى العصبة مع غيره بقوله: «والأخرين الأوليان». ومعنى عصبة بغيره أن سبب تعصيبه كونه مع عصبة غيره، ومعنى عصبة مع غيره أي مع كون غيره ليس بعصبة فظهر الفرق بينهما والله أعلم. ص: **(والجد والأوليان الأخريين)** ش: كذا هو في بعض النسخ. قال ابن غازي: وهو الصواب والمعنى أن الجد والأوليين وهما البنت وبنت الابن يعصب كل واحد منهم الآخرين وهما الأخت الشقيقة والأخت للأب فقط، ولا

يساويها) ابن شاس: إذا اجتمع الذكور والإناث من بني الصلب اقتسموا المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا اجتمع الإخوة للأب والأم فعلى سبيل ميراث ولد الصلب، وأما ولد الابن فميراثهم مع عدم ولد الصلب على سبيل ميراث ولد الصلب، وكذلك الإخوة للأب مع عدم الإخوة للأب والأم. قال الراجز: وهكذا الإناث كلهنه إخواتهن يعصبونهنه إلا بنات الأم إلا منهن فقط إذ كلهم أصحاب سهم مشترط. **(والجد)** انظر ما معنى هذا فسيأتي قوله «للجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب الخير من الثلث والمقاسمة» فقال في التلقين: ويقاسم إناثهن إذا انفردن للذكر مثل حظ الأنثيين كأخواتهن. **(والأوليان الأخريين)** بهرام: مراده أن الأخت الشقيقة والتي للأب تعصب كلاً من البنات أو بنات

وَلِتَعَدُّدِهِنَّ: الثُّلُثَانِ وَلِلثَّانِيَةِ مَعَ الأُولَى: السُّدُسُ، وَإِنْ كَثُرْنَ، وَحَجَبَهَا ٱبْنٌ فَوْقَهَا، وَبِنْتَانِ فَوْقَهَا، إِلاَّ الاَبْنَ فِي دَرَجَتِهَا مُطْلَقاً، أَوْ أَسْفَلَ: فَمُعَصِّبٌ، وَأُخْتٌ لأَبٍ فَأَكْثَرُ مَعَ الشَّقِيقَةِ: فَأَكْثَرَ كَذَلِكَ، إِلاَّ أَنَّهُ إِنَّمَا يُعَصِّبُ الأَخُ وَالرُّبُعِ الزَّوْجُ

يعصب الجد البنت ولا بنت الابن والله أعلم. ص: **(ولتعددهن الثلثان)** ش: يرد على ظاهر هذه العبارة وعلى قوله بعد «والثلثان لذي النصف إن تعدد» أن البنت والأخت يرثان الثلثين وهذه العبارة سبقه إليها الحوفي والقاضي والله أعلم. ص: **(إلا أنه إنما يعصب الأخ أخته لا من فوقه)** ش: بهذا الاستثناء خلص من الاعتراض الوارد على عبارة الحوفي حيث أطلق وترك هذا الاستثناء فقال ابن عرفة: قوله «وكذلك الأخوات للأب يؤذن بأنهن مع الشقيقات في كل ما تقدم كبنات الابن مع البنات» وليس كذلك فإن الأخوات للأب لا يعصبهن ابن أخيهن كما يعصب بنات الابن ابن أخيهن. انتهى. ص: **(والربع الزوج بفرع)** ش: لا بد من تقييده بكونه وارثاً، فلو كان الفرع غير وارث إما لمانع به كالرق والقتل أو لكونه من ولد البنات، لم يحجب الزوج إلى الربع، ولا يقال بأن هذا مستغنى عنه بما هو مقرر بأن كل من لا يرث

الابن. قال الراجز: والأخوات قد يصرن عصبات. إن كان للميت بنت أو بنات. **(ولتعددهن الثلثان)** قال ابن شاس: الثلثان فرض كل اثنين فصاعداً تستحق إحداهن إذا انفردت النصف. **(وللثانية مع الأولى السدس وإن كثرن)** قال ابن شاس: السدس فرض سبعة منهم الواحدة من بنات الابن فأكثر إذا كان هناك بنت الصلب، ومنهم الأخت للأب فأكثر مع وجود الأخت الشقيقة **(وحجبها ابن فوقها)** ابن شاس: يحجب بنات الابن الواحد من ذكور ولد الصلب ويسقطن أيضاً مع الاثنين فصاعداً من بنات الصلب إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو تحتهن، وكذلك الأخوات للأب يحجبهن الواحد من الأشقاء ويسقطن أيضاً بشقيقتين إذا لم يكن معهن ذكر. **(أو اثنتان فوقها إلا الابن في درجتها مطلقاً أو أسفل فعصب)** هذا مفهوم من كلام ابن شاس. قال الراجز: ويحجب البنات ما كثرنا. كل بنات الابن ما بعدنا إلا إذا أدلين بابن ذكر. فيرثون أجمعون ما غبر وحجبهن عند ذا ينفسخ. سيان في ذلك ابن عم وأخ مساوياً لهن في رتبته. أو نازل عنهن في نسبته فإن يكن عن قدرهن أعلا. حجبهن أبداً واستولى ومن ترث في الثلثين تمنع. وما لها في الرد بعد مطمع. انظر قوله «سيان في ذلك ابن عم وأخ» قال بهرام: هذا غني عنه بقوله: «مطلقاً». **(وأخت لأب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك)** تقدم قول ابن شاس: وكذلك الأخوات للأب يحجبهن الواحد من الأشقاء ويسقطن أيضاً بالشقيقتين إذا لم يكن معهن ذكر. **(إلا إنه إنما يعصب الأخ أخته لا من فوقه)** معنى ما قرر أنه لا شيء للأخوات للأب مع الشقيقتين فأكثر إلا أن يكون معهن أخ لأب فيرد على نفسه وعليهن ما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا يرد عليهن ابن الأخ للأب بل يعصب لنفسه خاصة، فمن توفيت عن شقيقتين وأخوات لأب وابن أخ فلابن الأخ الثلث ولا شيء للأخوات للأب بخلاف بنات الابن مع ابن في درجتهن أو أسفل منهن فإنه يعصبهن إذا كان ثم بنتان فأكثر. **(والربع للزوج**

بِفَرْعٍ، وَزَوْجَةٌ فَأَكْثَرُ، وَالثُّمُنِ: لَهَا، أَوْ لَهُنَّ بِفَرْعٍ لاَحِقٍ، وَالثُّلُثَيْنِ لِذِي النِّصْفِ، إِنْ تَعَدَّدَ، وَالثُّلُثُ: لأُمٍّ وَوَلَدَيْهَا فَأَكْثَرَ، وَحَجَبَهَا مِنَ الثُّلُثِ لِلسُّدُسِ: وَلَدٌ وَإِنْ سَفَلَ، وَأَخَوَانِ، أَوْ أُخْتَانِ مُطْلَقاً وَلَهَا ثُلُثُ البَاقِي فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ، وَزَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ، وَالسُّدُسُ: لِلْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ مُطْلَقاً،

بحال فلا يحجب وارثاً لأنا نقول: لم يذكر المصنف أن الولد يحجب الزوج إلى الربع حتى يكتفي بما ذكر، بل كلامه في الحال التي يرث الزوج فيها الربع فذكر أن ذلك إذا لم يكن هناك فرع فلا بد من تقييده بما ذكر والله أعلم. ص: **(والثمن لها أو لهن بفرع لاحق) ش:** لو قال «وارث» لكان أحسن وأشمل لما تقدم فرقه والله أعلم. ص: **(والثلثين لذي النصف إن تعدد) ش:** هذا تكرار مع ما تقدم والله أعلم. ص: **(والثلث للأم وولديها فأكثر) ش:**.

فرع: قال الباجي في المنتقى في كتاب الفرائض: وفي كتاب ابن عجلان الفرضي في الصبي يموت وله أم متزوجة فإنه لا ينبغي لزوجها أن يطأها حتى يتبين أنها حامل أو حائل لمكان الميراث، لأنها إن كانت حاملاً ورث ذلك الحمل أخاه لأمه. وقال أشهب: لا يعزل عنها وله وطؤها، فإن وضعت بعد موته لأقل من ستة أشهر ورث أخاه، وإن وضعته لتمام ستة أشهر لم يرثه لأنه وإن عزل عنها لم يؤمن أن يطرقها ويتسور عليها. وهذا إذا لم يكن حملها ظاهراً يوم مات الميت، ولو كان حملها ظاهراً لورث أخاه وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر أو تسع أو أكثر من ذلك. وكذلك إن كان زوجها غائباً غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول إليها فإنه يرث أخاه إن ولد لأكثر من تسعة أشهر انتهى. ونقله القرافي في الذخيرة مختصراً فأجحف فيه.

بفرع والزوجة فأكثر) ابن شاس: الربع فرض صنفين: الزوج مع وجود الحاجب، والزوجة أو الزوجات مع فقده. **(والثمن لها أو لهن بفرع)** ابن شاس: الثمن فرض الزوجة أو الزوجات مع وجود الحاجب. **(لاحق)** بهرام أما ولد المرأة من زنا فيحجب الزوج. وأما ولد الزوج من زنا فلا يحجب الزوجة فلهذا قال بفرع لاحق. **(والثلثان لذي النصف إن تعدد)** بهرام: هذا تكرار. **(والثلث للأم وولديها فأكثر)** ابن شاس: الثلث فرض صنفين: الأم مع فقد الحاجب والاثنين فصاعداً من ولد الأم ما كانوا. **(وحجبها للسدس ولد وإن سفل وأخوان أو أختان مطلقاً)** ابن شاس: النقل من فرض إلى فرض يختص بخمسة أصناف منهم الأم ينقلها الولد ذكوراً كانوا أو إناثاً، وولد الابن ما كانوا، والاثنان فصاعداً من الأخوة ذكوراً كانوا أو إناثاً من أي جهة كانوا، فيردونها من الثلث إلى السدس. **(ولها ثلث الباقي في زوج أو زوجة وأبوين)** تسمى هذه الفريضة بالغراوين إحداهما زوج وأبوان، والأخرى زوجة وأبوان فلها من المتروك في هاتين ثلث الباقي بعد فرض الزوج أو الزوجة قال الراجز:

باب بيان بعض ما قد شذا ... وكان من تلك الفروض فذا
منها فريضتان غراوان ... زوج أو العرس ووالدان
للأم ثلث فيهما فما بقي ... سدس وربع منهما فحقق

(والسدس لواحد من ولد الأم مطلقاً) ابن شاس: السدس فرض سبعة منهم: الواحد من ولد

وَسَقَطَ بِابْنٍ، وَابْنِهِ، وَبِنْتٍ وَإِنْ سَفَلَتْ وَأَبٍ وَجَدٍّ، وَالأَبِ أَوِ الأُمِّ مَعَ وَلَدٍ وَإِنْ سَفُلَ، وَالجَدَّةِ فَأَكْثَرَ، وَأَسْقَطَهَا الأُمُّ مُطْلَقاً، وَالأَبُ: الْجَدَّةَ مِنْ قِبَلِهِ، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ، وَإِلاَّ اشْتَرَكَتَا، وَأَحَدُ فُرُوضِ الْجَدِّ غَيْرِ الْمُدْلَى بِأُنْثَى وَلَهُ مَعَ الإِخْوَةِ أَوِ الأَخَوَاتِ الأَشِقَّاءِ أَوْ لأَبٍ: الْخَيْرُ مِنَ الثُّلُثِ أَوِ المُقَاسَمَةِ،

وقال ابن يونس: رُوي عن علي وعمر بن عبد العزيز إن مات ولأمه زوج غير أبيه أن زوجها يعتزل عنها حتى يستبرئها بحيضة ليعلم أنها حامل أم لا احتياطاً للميراث. فإن لم يعتزلها أو قال اعتزلتها فلم تصدقه الورثة فاتفق العلماء أنها إن ولدت لأقل من ستة أشهر ورثه أخوه للأم إلا أن يكون للميت من يحجبه، فإن ولدت لستة أشهر فأكثر لم يرثه إلا أن تصدقها الورثة أنها كانت حاملاً يوم مات ابنها أو يشهد بذلك امرأتان فصاعداً. انتهى ص: **(والأب أو الأم مع ولد وإن سفل)** ش: يعني أن السدس فرض كل واحد من الأب والأم مع الولد أو ولد

الأم ذكراً كان أو أنثى. **(وسقط بابن وابنه وبنت وإن سفلت وأب وجد)** ابن شاس: أما ولد الأم فيحجبهم عموداً لنسب الأب والجد والولد وولد الابن. **(والأب أو الأم مع ولد وإن سفل والجدة فأكثر)** ابن شاس: والسدس أيضاً فرض الأب مع وجود الولد وفرض الأم أيضاً مع وجود الولد، وهو أيضاً فرض الجدة انفردت أو كان معها أخرى تشاركها. **(وأسقطتها الأم مطلقاً)** قال الراجز: والأم تحجب جميع الجدات. **(والأب الجدة من جهته والقربى من جهة الأم البعدى من جهة الأب وإلا اشتركتا)** ابن شاس: تسقط الجدات من أي جهة كن بالأم وتسقط التي من جهة الأب به وتسقط البعدى من جهة بالقربى من جهة الأم قال الراجز:

والجدتان فاعلمن إن كانتا ... في رتبة واحدة ورثتا
فإن تلك الدنيا التي للأم ... فتحجب الأخرى كذا في الحكم
وإن تلك الدنيا التي هي للأب ... فما لها في حجب تلك من سبب

(وأحد فروض الجد غير المدلي بأنثى) ابن شاس: السدس سهم الجد مع الولد وولد الابن وقد يفرض له أيضاً مع الإخوة وذوي السهام. وقال ابن زكري: الجد يرث بالنسبة وإن علا بالإجماع ما لم يفضل أنثى. **(وله مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب الخير من الثلث والمقاسمة وعاد الشقيق بغيره ثم رجع كالشقيقة بمالها لو لم يكن جد)** ابن شاس: إن كان الجد مع إخوة أو أخوات أو مجموعهم أو كانوا أشقاء أو لأب، فإنه يأخذ الأفضل من الثلث أو المقاسمة لهم، ثم حيث قاسمهم على العادة فكان بعض مقاسميه أشقاء وبعضهم للأب رجع الأشقاء على الذين من قبل الأب فيأخذ الذكور كل ما في أيديهم وتستوي الأنثى والأنثيان نصيبهن نصفين مثل ذلك. انظره فيه . **(وله مع ذوي فرض معهما السدس أو ثلث الباقي أو المقاسمة)** ابن شاس: إن كان مع جد ذو سهام وإخوة فإنه يعطى الأفضل من ثلاثة أشياء، السدس من رأس المال، أو ثلث ما بقي بعد ذوي السهام،

وَعَادٌ الشَّقِيقُ بِغَيْرِهِ، ثُمَّ رَجَعَ: كَالشَّقِيقَةِ بِمَالِهَا، لَوْ لَمْ يَكُنْ جَدٌّ، وَلَهُ مَعَ ذِي فَرْضٍ مَعَهَا السُّدُسُ، أَوْ ثُلُثُ الْبَاقِي، أَوِ الْمُقَاسَةُ وَلاَ يُفْرَضُ لأُخْتٍ مَعَهُ، إِلاَّ فِي الأَكْدَرِيَّةِ، وَالْغَرَّاءِ، زَوْجٌ وَجَدٌّ. وَأُمٌّ، وَأُخْتٌ شَقِيقَةٌ، أَوْ لأَبٍ: فَيُفْرَضُ لَهَا، وَلَهُ، ثُمَّ يُقَاسِمُهَا، وَإِنْ كَانَ مَحَلَّهَا أَخٌ لأَبٍ وَمَعَهُ إِخْوَةٌ لأُمٍّ،

الابن وإن سفل، سواء كان ذكراً أو أنثى. أما الأم فحالها معلوم مما تقدم، وأما الأب فله ثلاث حالات: حالة يرث فيها بالفرض فقط، وحالة بالتعصيب فقط، وحالة يجمع بينهما. فالأولى إذا كان معه ابن أو ابن ابن أو بنت أو بنات ومع البنت والبنات أصحاب فروض يستغرقون التركة أو يفضل منها قدر السدس أو أقل من السدس. والحالة الثانية إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن لا ذكراً ولا أنثى، فيرث المال جميعه بالتعصيب إن انفرد، أو الباقي بعد أصحاب الفروض. والحالة الثالثة إذا كان معه بنت أو بنت ابن أو بنتان فأكثر أو بنتا ابن فأكثر. وضابطها أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما ما يأخذ الثلثين أو النصف، فيأخذ السدس فرضاً عملاً بقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس﴾ [النساء: ١١] والباقي عصوبة لحديث: «فما بقي فلأولى رجل ذكر»[1]. انظر شرح الشيخ زكرياء الكبير على الفصول والجزولي الكبير. والضابط المذكور مأخوذ من كلام ابن الهائم في الفصول. وينبغي أن يزاد فيه فيقال: وضابطه أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما أو من أحدهما وصاحب فرض ما يفضل عنهم أكثر من السدس ليشمل نحو بنت وأبوين فتأمله والله أعلم. ص: **(وإن كان محلها أخ لأب ومعه أخوة لأم سقط)** ش: أي لو كان موضع الأخت الشقيقة أو الأب أخ لأب ومعه إخوة لأم فليست بأكدرية، وذلك أن الأم قد حجبت للسدس بتعدد الإخوة فللزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس. واختلف في السدس الباقي فقيل يأخذه الأخ للأب، والمشهور أن الجد يأخذ الجميع ويسقط الأخ للأب لأن الجد يقول للأخ للأب أرأيت لو

أو المقاسمة فيه مثال ذلك انظره فيه. **(ولا يفرض لأخت معه إلا في الأكدرية والغراء زوج وجد وأم وأخت شقيقة أو لأب فيفرض لها وله ثم يقاسمها)** قال في الرسالة: ولا يعال للأخت مع الجد إلا في الغراء وحدها وهي امرأة تركت زوجها وأمها وأختها لأبوين أو لأب وجدها، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، فلما فرغ المال أعيل للأخت بالنصف ثلاثة ثم جمع إليها سهم الجد فقسم ذلك بينهما على الثلثين له والثلث لها فتبلغ سبعة وعشرين سهماً. **(وإن كان محلها أخ لأب ومعه إخوة لأم سقط)** انظر إن لم يكن هنا أخت شقيقة فهي الفريضة المالكية وهي زوج وأم وجد وإخوان لأم وإخوان لأب. وأما الفريضة التي تسمى الشبيهة بالمالكية فهي أن يكون مكان الأخ للأب

---

(١) رواه البخاري في كتاب الفرائض باب ٥،٧، ٩، ١٠. مسلم في كتاب الفرائض حديث ٢ـ ٤. الترمذي في كتاب الفرائض باب ٨. ابن ماجة في كتاب الفرائض باب ١٠. الدارمي في كتاب الفرائض باب ٨، ٢٨.

سَقَطَ وَلِعَاصِبٍ وَرِثَ الْمَالَ أَوْ الْبَاقِي بَعْدَ الفَرْضِ، وَهُوَ الابْنُ، ثُمَّ ٱبْنُهُ،

لم أكن معكم أكان يكون لك شيء فيقول لا. وذلك لأن الإخوة للأم إنما يسقطون بوجوده ولو لم يوجد لكانوا أصحاب فروض يعال لهم إنْ تعددوا، ويأخذون السدس إن لم يتعددوا، ويسقط معهم الإخوة للأب فيقول الجد للإخوة للأب ليس وجودي بالذي يوجب لكم شيئاً

أخ شقيق. وأشهر قولي مالك أن الجد حجب الأخوة في المسألتين. ومن ابن يونس: الحجة بالنسبة إلى الأشقاء أن الإخوة للأم لا يرثون مع الجد والإخوة الأشقاء إنما يرثون في هذه المسألة بسبب الأم، والجد يحجب كل أخ يرث بسبب الأم. وأما الذين للأب فيقول لهم الجد أرأيت لو لم أكن معكم أكان يكون لكم شيء؟ فيقولون: لا. فيقول لهم: ليس حضوري بالذي يوجب لكم شيئاً لم يكن. قال ابن يونس: وهذا القول عندي إنما يجري على قول ابن مسعود في بنتين وبنت ابن وابن ابن. والصواب أن يرثوا مع الجد كانوا أشقاء أو لأب ويقولون له أنت لا تستحق شيئاً من الميراث إلا شاركناك فيه فلا تحاسبنا، بل لو لم تكن فإنك كائن بعد ولو لزم ما قلته للزم في بنتين وبنت ابن وابن ابن أن لا ترث ابنة الابن مع ابن الابن شيئاً. ويحتج بمثل احتجاجك أن يقول: أرأيت لو لم أكن أكان يكون لك شيء فليس كوني موجباً لك شيئاً لم يكن ولكن الحجة لها أن تقول له أنت لا تستحق شيئاً من الميراث إلا كان لي مثل نصف مالك لأن منزلتنا واحدة فلا تحاسبني بأنك لم تكن فأنت كائن. وهذا قول الجماعة إلا ابن مسعود اهـ. يبقى النظر هل يبقى مالك على أصله أو يرجع لقول الجماعة في مسألته استفتيت فيها قلت فيها ما نصه: سئلت عمن مات عن جد وأخت شقيقة وأخوين لأب وأخ لأم، فظهر لي ببادىء الرأي قبل مراجعة الفقه أنه إذا أخذت الشقيقة نصفها وأخذ الجد ثلثه الذي هو الأرجح يبقى السدس هو فرض الأخ للأم، فيكون الجد أولى به كالمالكية، فعرضت ما ظهر لي على السيد قاضي الجماعة أبي عمر ابن منظور فلم يوافقني وذلك غدوة يوم، ثم اجتمعت به عشية ذلك اليوم جمع قدر فقال لي على البديهة بذكاء وفضل وجودة قريحة: خالفك أبو عمر ابن منظور وناولني تقييداً فيه بخطه في النازلة فضمنه ومضمن ما لابن عرفة أن للفرضيين في هذه المسألة طريقين: الطريقة الأولى ما كان مالك يلزمه أن يقول بها إذ لا فرق بينها وبين المالكية وهي طريقة أبي زيد السهيلي عليها بنى مسائل الجد، واعتمدها أيضاً صاحب نهاية الفرائض للمهدوي وأتي بها في معرض الاحتجاج للمالكية. وقدم ابن عرفة هذه الطريقة في العزو وقال: إنها ظاهر الموطأ لقوله: الجد أولى بما للإخوة للأم لأنهم سقطوا من أجله. وإلى هذه الطريقة أيضاً ذهب صاحب كتاب، غنية الباحث أبو عمر ابن منظور. الطريقة الثانية عزاها ابن عرفة للقرافي عن المذهب مع شرح الرسالة لعبد الوهاب. ولم يعز ذلك لغيرهما وعزاها ابن زكريا لابن خروف ورشحها بما يقتضي أن يكون مختاره في المالكية مختار ابن يونس وهو لم يختره. **(ولعاصب ورث المال أو الباقي بعد الفرض وهو الابن ثم ابنه)** ابن شاس: المستحق للميراث بالنسب بغير واسطة: البنون والبنات والآباء والأمهات، والمستحق الميراث بواسطة بينه وبين الميت أربعة أصناف: الأول ذكور ينسبون بذكور وهؤلاء هم العصبة كبني البنين وإن سفلوا، وآباء الآباء وإن علوا، والإخوة وبنيهم وإن بعدوا، والأعمام وبنيهم وإن

وَعَصَّبَ كُلٌّ: أُخْتَهُ، ثُمَّ الْأَبُ، ثُمَّ الْجَدُّ وَالإِخْوَةُ كَمَا تَقَدَّمَ: الشَّقِيقُ، ثُمَّ لِلْأَبِ، وَهُوَ كَالشَّقِيقِ عِنْدَ عَدَمِهِ، إِلاَّ فِي الْحِمَارِيَّةِ، وَالْمُشْتَرَكَةِ، زَوْجٌ، وَأُمٌّ، أَوْ جَدَّةٌ وَأَخَوَانِ لأُمٍّ، وَشَقِيقٌ وَحْدَهُ، أَوْ مَعَ غَيْرِهِ: فَيُشَارِكُونَ الإِخْوَةَ لِلأُمِّ الذَّكَرُ كَالأُنْثَى، وَأَسْقَطَهُ أَيْضاً الشَّقِيقَةُ الَّتِي كَالْعَاصِبِ لِبِنْتٍ، أَوْ بِنْتِ ٱبْنٍ فَأَكْثَرَ، ثُمَّ بَنُوهُمَا،

لم يكن لكم وتسمى هذه بالمالكية. ص: (والمشتركة) ش: يقال فيها مشتركة بتاء فوقية بعد الشين كما ذكره القرافي فتكون من الاشتراك، ويقال لها المشركة بلا تاء بفتح الراء المشددة أي المشرك فيها بحذف الجار والمجرور. ويقال أيضاً بكسر الراء. انتهى بالمعنى من شرح الفصول

بعدوا. **(وعصب كل أخته)** بهرام: هذا تكرار **(ثم الأب)** ابن زكريا: الأب لا يسقطه حجب فإن انفرد فله المال، وإن كان مع ذي فرض غير البنات وبنات الابن فله الباقي تعصيباً، وإن كان مع ابن أو ابن ابن أو الفرض المستغرق أو القليل فله السدس فرضاً، وإن كان مع بنات أو بنات ابن فالسدس فرضاً والباقي تعصيباً. **(ثم الجد)** ابن زكريا لا يحجب الجد إلا الأب أو جد أقرب وحالاته سبع: أربع كالأب، والخامسة مع إخوة أشقاء أو لأب التخيير في الثلث أو المقاسمة، والسادسة معهم ومع ذي فرض التخيير في السدس أو ثلث الباقي عن الفرض، أو المقاسمة إلا في الأكدرية، وللسابعة بعضه في مقاسمة الأشقاء ذكور وإناث بعدهم للأب وأم لم يرثوا. **(والإخوة للأب كما تقدم ثم الشقيق)** قال ابن الشاط: صنف الوارثين ستة عشر فذكر الأب ثم الجد ثم الشقيق ثم الأب ابن زكرياء: ميراث الأخ الشقيق بالقرآن ويسقطه الفرض المستغرق والأب ويسقطه الجد في غير الشبيهة بالمالكية ويسقطها أيضاً الابن وابن الابن، ثم إذا ورث فإن انفرد فله المال والباقي تعصيباً. **(ثم الأب وهو كالشقيق في عدمه)** ابن زكرياء: الأخ للأب يسقط الشقيق ومن حجبه وشقيقه فأكثر مع بنت وبنت ابن فأكثر وحالاته كالشقيق في غير المشتركة ويزيد بحالة أخرى الباقي مع الشقيقة مطلقاً أو الشقيقات في غير العادة. **(إلا في الحمارية والمشتركة زوج وأم أو جدة وأخوان فصاعداً لأم وشقيق وحده أو مع غيره فيشاركون الإخوة للأم والذكر كالأنثى)** تقدم قول ابن زكران الأخ للأب يخالف الأخ الشقيق في المشتركة وتسمى أيضاً الحمارية وهي: زوج وأم أو جدة وأخوان لأم. فما زاد شقيق وأخ فما زاد أصلها من ستة للزوج النصف وللأم السدس وللأخوات للأم الثلث نفد المال ولم يبق للشقيق شيء، فيرجع الشقيق على الإخوة للأم ويقول إنما ورثتم هذا الثلث بأمكم وهي أمي فيقاسم فيه على أنه أخ لأم ويذكر ذكر أبيه للضرورة قيل: لما وقعت هذه المسألة زمن عمر قضى بإسقاطهم ثم نزلت به مرة أخرى فأراد إسقاطهم فقال له الشقيق هؤلاء استحقوا الثلث بأمهم وهي أمنا أيضاً، فهب أن أبانا كان حماراً أليست الأم تجمعنا؟ فقضى بينهم بالاشتراك فقال ذلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي، وتسمى أيضاً المشتركة لاشتراكهم فيها. **(وأسقط أيضاً الشقيقة التي كالعاصب لبنت أو بنت ابن فأكثر)** تقدم قول ابن زكريا أن الأخ للأب يسقطه شقيقته فأكثر مع بنت أو بنت ابن فأكثر **(ثم بنوهما)** ابن زكريا: ميراث ابن الأخ وإن سفل بالسنة والإجماع ويسقطه ابن أخ أعلى والأخ للأب

ثُمَّ الْعَمُّ الشَّقِيقُ؛ ثُمَّ لأَبٍ، ثُمَّ عَمُّ الْجَدِّ الأَقْرَبُ، فَالأَقْرَبُ، وَإِنْ غَيْرَ شَقِيقٍ، وَقُدِّمَ مَعَ التَّسَاوِي الشَّقِيقُ مُطْلَقاً، ثُمَّ الْمُعْتِقُ كَمَا تَقَدَّمَ، ثُمَّ بَيْتُ الْمَالِ، وَلاَ يُرَدُّ، وَلاَ يُدْفَعُ لِذَوِي الأَرْحَامِ

لشيخنا زكرياء وقريب منه في القاموس فليحرر والله أعلم ص: **(ثم بيت المال ولا يرد ولا يدفع لذوي الأرحام)** ش: يعني أنه إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ولا من يرثه بالولاء فماله لبيت مال المسلمين، وقد أطلق رحمه الله في بيت المال ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه، وكأنه رحمه الله تبع ظاهر كلام ابن الحاجب حيث قال: وإن لم يكن وارث فبيت المال على المشهور. وقيل: لذوي الأرحام. وعن ابن القاسم: يتصدق به إلا أن يكون الوالي كعمر بن عبد العزيز فأطلق في القول الأول الذي جعله المشهور أن بيت المال وارث، ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه، بل ظاهر كلامه أن التقييد بذلك خلاف المشهور. وقبل ابن عبد السلام كلامه، وكذلك الشيخ خليل في التوضيح وتبعه على ذلك في مختصره. فأطلق أن بيت المال وارث. والذي ذكره غير واحد من أهل المذهب أن

ومن حجبه والجد وأخ لأب فأكثر مع البنات وميراث ابن الأخ للأب وإن سفل بهما، ويسقطه أعلا منه وابن أخ شقيق في درجته ومن حجبه. **(ثم العم الشقيق ثم للأب ثم عم الجد الأقرب فالأقرب وإن غر شقيق وقدم مع التساوي الشقيق مطلقاً)** ابن زكرياء: ميراث العم بالسنة والإجماع ويسقطه ابن الأخ للأب وميراث ابن العم وإن سفل بهما، ويسقطه أعلا منه والعم ومن حجبه وميراث أخي الجد بهما ويسقطه ابن العم ومن حجبه، وميراث ابن أخي الجد، وإن سفل بهما ويسقطه أعلا منه وأخو الجد ومن حجبه، وذو القربتين منهم يسقط ذا القربة عند استواء المرتبة، وعبارة غيره: الأقرب ولو كان ذا قربى يحجب الأبعد ولو كان ذا قربتين، وحالات كل واحد أربع: الحال بالانفراد والمقاسمة بالسواء في التعدد وفيما بقي الحالتان. **(ثم المعتق كما تقدم)** ابن زكريا: ميراث مولى النعمة بالسنة ويسقط بذي نسب وميراث مولى الولاء بهما ويسقط بهما وحالاتهما أربع: المال في الانفراد والمقاسمة بالسواء في التعدد وفيها بقي الحالتان. **(ثم بيت المال ولا يرد ولا يدفع لذوي الأرحام)** قال ابن الشاط: وكذلك بيت المال عند عدم العصبة والموالي. قال ابن علاق: يعني أن بيت المال عند عدم العصبة كالعصبة يأخذ جميع المال إن لم يكن وارث أو ما بقي بعد الفروض. قال: وفي هذا الأصل اختلاف. قد قال أشهب: لا بد لكل ميت من وارث بعينه فيوقف فإن يئس منه تصدق به على ذمته ولا يكون فيئاً. وقال إسماعيل القاضي: يجعل في بيت المال. قال ابن الكاتب: وهذا أصح. ويلزم أشهب أن لا ميراث للموالي. وقال الطرطوشي: ما فضل عن ذوي الفروض يرد لبيت المال. قال بعض أصحابنا: هذا إن كان الإمام عدلاً وإلا رد الفاضل عن ذوي السهام عليهم ويورث معهم ذوو الأرحام، وإذا فرضنا على القول بأنه يوضع في بيت المال، فهل يكون بيت المال حينئذ كوارث قائم النسب أو إنما هو كالحائز للمال الضائع؟ بنى بعضهم على بعض هذا بأن من أوصى بماله كله ولا وارث له فقال مالك: لا يجوز له ذلك. انظر نوازل البرزلي. ابن عرفة: أوصى بماله كله فلما توفي رفع

وَيَرِثُ بِفَرْضٍ وَعُصُوبَةٍ الْأَبُ، ثُمَّ الجَدُّ مَعَ بِنْتٍ وَإِنْ سَفَلَتْ

بيت المال وارث إذا كان يصرفه في وجوهه. قال الباجي في المنتقى في الكلام على الوصايا مسألة: من مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم: يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وكذلك من أعتق نصرانياً فمات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله ولا يجعل في بيت المال. ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر، فإذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البرساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر انتهى. ولم يحك في ذلك خلافاً ثم قال مسألة: ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك: يجزئه أن يتصدق بثلثه. فقال ابن المواز: يتصدق بجميع ذلك على المسلمين لا عن الميت. ووجه ذلك أن ملك الموصي قد زال عن ثلثي ماله بالموت إلى وارث معين، فإن كان معيناً دفع إليه، وإن كان غير معين تصدق به عمن صار إليه اهـ. وذكر ابن يونس في أواخر كتاب الوصايا الأول كلام ابن القاسم المتقدم واقتصر عليه، وكذلك ابن رشد في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا ولم يذكر في ذلك خلافاً.

وقال ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن الحاجب: قال أبو عمر في كافيه: من لم يكن له عصبة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان موضوعاً في وجهه ولا يرد إلى ذوي الأرحام ولا إلى ذوي السهام. قال ابن عرفة: قلت: وقال الطرطوشي في تعليقته: إنما يكون لبيت المال في وقت يكون الإمام فيه عادلاً وإلا فليرد إلى ذوي الأرحام. الباجي في كتاب الوصايا لمحمد عن أبي زيد عن ابن القاسم: من مات ولا وارث له يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وكذا من أعتق نصرانياً ومات النصراني ولا وارث له تصدق بماله ولا يجعل في بيت المال، وحكاه الصقلي، وقاله ابن رشد في سماع أبي زيد. وقال اللخمي: من أوصى بكل ماله ولا وارث له، قيل: ليس له ذلك، وقيل: وصيته ماضية. هذا إن أوصى به للأغنياء أو فيما لا يصرفه فيه الإمام أو وليه، ولو جعله في الفقراء وفيما لو رفعه إلى الإمام لقضي فيه بمثل ذلك لم تغير وصيته لأنه فعل صواباً، ولا اختلاف في ذلك. واختلف إن مات عن غير وصية، هل هو كالفيء يحل للأغنياء أو يقصر على الفقراء انتهى.

أمير المؤمنين أبو فارس إلى قاضي الجماعة فاجتمعنا ورد القاضي ما زاد على الثلث محتجاً بأن عمل القضاة عليه وهو مشهور مذهب مالك، ووافق على ذلك من حضر وأنا معهم. وهذا بين لأن أبا فارس أعدل أمراء وقته وأنه في وقته كعمر بن عبد العزيز في وقته على نسبة كل زمن وأهله. ابن علاق: ويبنى على ذلك أيضاً الإقرار بوارث فقال ابن القاسم: يرثه إن لم يكن له وارث معروف. وقال سحنون: وبيت المال كالنسب القائم فلا ميراث للمقر به. **(ويرث بفرض وعصوبة الأب ثم الجد مع بنت وإن سفلت)** تقدم عند قوله ثم الأب أن له مع البنات وبنات الابن السدس فرضاً

....

وقال ابن عسكر في عمدته المذهب أن ما أبقت الفروض يكون عند عدم العصبة لبيت المال وأنه وارث من لا وارث له، فإن لم يكن فللمسلمين ولا يرد على ذوي السهام ولا يرثه ذو الأرحام. وقيل: بل يرث بالرد والرحم انتهى. وقال في الإرشاد: والمذهب أن ما أبقت الفروض فلأولى عصبة، فإن لم يكن فللموالي، فإن لم يكن فلبيت المال، فإن عدم فللفقراء والمساكين لا بالرد ولا بالرحم وورثهما المتأخرون انتهى. وذكر الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد عن المعتمد نحو عبارة العمدة ثم قال: وحكى صاحب عيون المسائل: اتفق شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوي الأرحام والرد على ذوي السهام انتهى. وقوله في الإرشاد: «فإن عدم» أشار التتائي في شرحه أن المراد بذلك أن لا يصرف في وجوهه فتأمله.

وقال ابن يونس في كتاب الفرائض في باب الرد: أجمع المسلمون أنه لا يرد على الزوج والزوجة وأن الباقي بعد فرضهما على مذهب من لا يورث ذوي الأرحام لبيت مال المسلمين أو للفقراء والمساكين، وعلى مذهب من يورث ذوي الأرحام يكون الباقي بعد فرض الزوجين لذوي الأرحام انتهى. وقال في باب الإقرار بوارث: وأنه لا يرد بذلك الإقرار بل إن كان له وارث معروف فالمال له، وإن لم يكن فالمال لبيت المال. وإنما استحب في زماننا هذا إذا لم يكن له وارث معروف فإن المقر له أولى من بيت المال إذ ليس ثم بيت المال للمسلمين يصرف ماله في مواضعه انتهى. وقال في باب توريث ذوي الأرحام، قال إسماعيل القاضي: متى كان للميت عصبة من ذوي الأرحام فهم أولى، فإن لم يكونوا فالولاء، فإن لم يكن ولاء فبيت مال المسلمين. قال ابن يونس: فإن لم يكن بيت مال فأولو الأرحام لما في ذلك من الآثار المتقدمة لا سيما إذا كانوا ذوي حاجة فيجب اليوم أن يتفق على توريثهم، وإنما تكلم مالك وأصحابه إذا كان للمسلمين بيت مال لأن بيت المال يقوم مقام العصبة إذا لم يكن عصبة. ألا ترى أن الرجل لو قتل قتيلاً خطأً ولم يكن له عصبة ولا موالي وجب أن يعقل عنه من بيت المال، فكذلك يكون ميراثه لبيت المال. وإذا لم يكن بيت مال أو كان بيت مال لا يوصل إليه شيء منه وإنما يصرف في غير وجهه، فيجب أن يكون ميراثه لذوي رحمه الذين ليسوا بعصبة إذا لم يكن له عصبة ولا موالي، وإلى هذا رأيت كثيراً من فقهائنا ومشايخنا يذهبون في زماننا هذا، ولو أدرك مالك وأصحابه مثل زماننا هذا لجعل الميراث لذوي الأرحام إذا انفردوا والرد على من يجب له الرد من أهل السهام انتهى. وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: قال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد: من لم يكن له عصبة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان موضوعاً في وجهه ولا يرثه ذوو الأرحام ولا يرد على ذوي السهام انتهى. وقال ابن الفرس في أحكام القرآن في سورة النساء في قوله تعالى: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء: ١١] إن ما فضل عن الورثة يكون لبيت المال، فإن لم يكن بيت مال المسلمين فإلى الفقراء انتهى. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في آخر باب زكاة العين والحرث في شرح قوله: «وفي الركاز

كَابْنِ عَمٍّ أَخٍ لأُمٍّ،

الخمس» وهو دفن الجاهلية الخمس على من أصابه ما نصه: فإن كان الإمام عدلاً دفع الواحد الخمس له يصرفه في محله، وإن كان غير عدل فقال مالك: يتصدق به الواجد ولا يرفعه إلى من يغيب به، وكذلك العشر وما فضل من المال على الورثة، ولا أعرف اليوم بيت مال وإنما هو بيت ظلم انتهى. فكلامهم في هذه المواضع كلها يبين أن بيت المال في زماننا هذا معدوم والله أعلم.

فرع: إذا كان الوارث هو بيت مال المسلمين فمات شخص في بلد وخلف فيه مالاً وخلف في بلد آخر مالاً وليس له وارث إلا جماعة المسلمين، فقال في الفصل السادس من مفيد الحكام في الوصايا ومن الخمسة لأصبغ وهي أيضاً في السليمانية: وإذا مات الرجل في بلد وخلف فيه مالاً وخلف أيضاً في بلد أخرى وفي بلد سواه مالاً غيره ولم يكن له وارث إلا جماعة المسلمين، فإن عامل البلد الذي مات فيه وكان مستوطناً به أحق بميراثه، مات فيه أو في غيره، كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد انتهى. والظاهر أن قوله: «وفي بلد سواه» تكرار، وأن قوله: «مات فيه» زائد والله أعلم. وفي أجوبة ابن رشد: وسئل عمن مات في بلد وخلف فيه مالاً وفي بلد آخر مالاً وليس له وارث إلا جماعة المسلمين وليس أحد البلدين له وطناً، وأراد صاحب البلد الذي مات فيه أخذ المال الذي خلفه في البلد الثاني ومنعه صاحبه، هل له ذلك أم لا؟ وكيف إن كان البلد الذي مات فيه وطناً أو الذي لم يمت فيه؟ فأجاب: عامل البلد الذي فيه استيطان المتوفى أحق بقبض ميراثه، مات فيه أو في غيره كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد، ذكره في مسائل المواريث. ص: (**كابن عم أخ لأم**) ش: يعني إذا اجتمع في شخص سهمان: أحدهما بالفرض والآخر بالتعصيب، فإنه يرث بهما كابن العم يكون لأم أخاً

والباقي تعصيباً. وتقدم عند قوله: ثم الجد أن حالته في ذلك حالة الأب. (**كابن عم أخ للأم**) ابن علاق: أسباب الإرث قرابة ونكاح وولاء، وقد تجتمع أو بعضها في الشخص الواحد كمن اشترى بنت عمه وأعتقها وتزوجها لكن لا يرث هنا بالولاء لأنه محجوب. والأخ للأم إن كان ابن عم فإنه يرث بالفرض والتعصيب، وكذلك الزوج إن كان ابن عمه أو مولى، وكذا البنت إذا اشترت أباها وأخاها فإنها ترث بالفروض والتعصيب. قال الراجز:

فـصـل وكـل ذكـر فـعـاصـب	يـحـوي جـمـيـع المال أمر لازب
إلا أخـاً لأم أو زوجـاً فـلا	يـسـتـوفـيـان فـرضـاً حـصـلا
إلا إذا كـلاهـمـا كـان ابـن عـم	فـإنـه قـد خـص فـي ذاك وعـم
وقـد يـكـونـان جـمـيـعاً مـولـيـين	فـيـرثـان فـاعـلـمـن بـالجـهـتـين
وهـكـذا مـثـلـهـمـا أب وجـد	مـع ذي الـسـهـام لا مـع الـولـد

وَوَرِثَ ذُو فَرْضَيْنِ بِالأَقْوَى، وَإِنْ ٱتَّفَقَ فِي الْمُسْلِمِينَ: كَأُمٍ، أَوْ بِنْتٍ أُخْتٌ، وَمَالُ الْكِتَابِيِّ الْحُرِّ الْمُؤَدِّي لِلْجِزْيَةِ لِأَهْلِ دِينِهِ مِنْ كَوْرَتِهِ، وَالأُصُولُ: ٱثْنَانِ، وَأَرْبَعَةٌ، وَثَمَانِيَةٌ، وَثَلاثَةٌ، وَسِتَّةٌ، وَٱثْنَا عَشَرَ، وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ، فَالنِّصْفُ. مِنْ ٱثْنَيْنِ، وَالرُّبُعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ، وَالثُّمُنُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ، وَالثُّلُثُ مِنْ ثَلاثَةٍ، وَالسُّدُسُ مِنْ سِتَّةٍ، وَالرُّبُعُ وَالثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ مِنَ ٱثْنَيْ عَشَرَ، وَالثُّمُنُ وَالثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ،

فيأخذ السدس بالإخوة للأم والباقي بالعصوبة. وكذلك إذا كان ابن العم زوجاً، وكذلك إذا

(ويورث ذوو فرضين بالأقوى وإن اتفق في المسلمين كأم وبنت أخت) ابن شاس: إذا اجتمع في الشخص الواحد سببان يورّث بكل واحد منهما فرضاً مقدراً فإنه يرث بأقواهما ويسقط الأضعف، سواء اتفق ذلك في المسلمين أو في المجوس. وذلك الأم أو البنت تكون أختاً ولا يلزم على ما قلناه ابن العم يكون أخاً لأم لأنه بكونه ابن العم لا يرث فرضاً مقدراً وإنما يرث بالتعصيب. ابن علاق: فلو تزوج مجوسي بنته فولد له منها بنت فإن ماتت العليا فترثها السفلى بالبنوة ولا ترثها بالأخوة، وإن ماتت السفلى فإن العليا ترثها بالأمومة وتلغى الأخوة. **(ومال الكتابي الحر المؤدي للجزية لأهل دينه من كورته)** ابن شاس: إنما يكون ميراث من مات من أهل الذمة ولا وارث له من أهل دينه من المسلمين ولا يحاز له من وصيته أكثر من الثلث إذا كان من أهل العنوة أو من أهل الصلح والجزية على جماجمهم، وإن كان من أهل الصلح والجزية مجملة عليهم لا ينقصون منها بموت من مات ولا بعدم من أعدم فميراثه لأهل دينه. قاله ابن القاسم. **(والأصول اثنان وأربعة وثمانية وثلاثة وستة واثنا عشر وأربعة وعشرون فالنصف من اثنين والربع من أربعة والثمن من ثمانية والثلث من ثلاثة والسدس من ستة والثمن من أربعة وعشرين)** ابن شاس: إن اشتملت المسألة على ذي فرض مقدر فالأصول التي تنشأ عنها مسائل الفرض على قول المتقدمين سبعة أعداد: الاثنان وضعفهما وهو الأربعة وضعفها وهو الثمانية، والثلاثة وضعفها وهو الستة وضعفها وهي الاثنا عشر وضعفها وهو الأربعة والعشرون، ولا مخرج لها عند المتقدمين سوى هذه. ومقصود الفرضيين بتحرير هذه المخارج شيئان: أحدهما قسمة السهام على أعداد صحاح من غير كسر. والثاني طلب أقل عدد تصح فيه فيعولون عليه، فالاثنان لكل مسألة اشتملت على نصف ونصف كزوج وأخت، أو على النصف وما بقي كزوج وأخ، والأربعة لكل فريضة اشتملت على أربع وما بقي كزوج وابن أو ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت وأخ أو ربع وثلث ما بقي كزوجة وأبوين. والثمانية لكل فرض فيها ثمن وما بقي كزوجة وابن أو ثمن ونصف وما بقي كزوجة وبنت وأخ. وأما الثلاثة فلكل فريضة فيها ثلث وثلثان كإخوة لأم وأخوات شقائق أو لأب أو ثلث وما بقي كأم وأخ أو ثلثان، وما بقي كبنتين وعم. والستة لكل فريضة فيها سدس وما بقي كجدة وابن أو سدس وثلث وما بقي كجدة وأخوين لأم وأخ لأب أو سدس وثلثان، وما بقي كأم وبنتين وأخ أو نصف وثلث وما بقي كأخت وأم وابن أخ. والاثنا عشر لكل فريضة فيها ربع وثلث وما بقي كزوجة وأم وأخ أو ربع وسدس، وما بقي كزوج وأم وابن أو ربع

وَمَا لاَ فَرْضَ فِيهَا: فَأَصْلُهَا عَدَدُ عَصَبَتِهَا، وَضُعِّفَ لِلذَّكَرِ عَلَى الأُنْثَى، وَإِنْ زَادَتِ الْفُرُوضِ: أُعِيلَتْ، فَالْعَائِلُ: السِّتَّةُ لِسَبْعَةٍ، وَلِثَمَانِيةٍ، وَلِتِسْعَةٍ، وَلِعَشَرَةٍ، وَالِاثْنَا عَشَرَ لِثَلاَثَةَ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ، وَالأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ: لِسَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ: زَوْجَةٌ، وَأَبَوَانِ، وَابْنَتَانِ، وَهِيَ الْمِنْبَرِيَّةُ؛ لِقَوْلِ عَلِيٍّ: صَارَ ثُمُنُهَا تُسْعاً،

كان المولى زوجاً، ولا خلاف في هذا أعني أنه يأخذ فرضه والباقي بالتعصيب إذا لم يكن معه من يشاركه في التعصيب. فأما إن كان معه من يشاركه في التعصيب وفي منزلته كابني عم أحدهما أخ لأم فقال ابن القاسم: للأخ السدس للأم ويقسم مع ابن عمه ما بقي بالسواء. وقال أشهب: يترجح الأخ للأم لأنه زاد، فولادة الأم كالأخ الشقيق مع الأخ للأب. وأجيب للأول بأن زيادة ولادة الأم ليست في محل التعارض فلا توجب الترجيح بخلاف مسألة الأخ الشقيق والأخ للأب ونحوهما انتهى من التوضيح. وكذلك لو ترك المعتق ابني عم وأحدهما أخ لأم فالولاء بينهما نصفين عند ابن القاسم. وقال أشهب: الولاء للأخ للأم. قاله في كتاب الولاء من المدونة وابن يونس. ص: **(والاثنا عشر لثلاثة عشر)** ش: مثل الشارح في الشرح الصغير لقوله: «ثلاثة عشر» بزوجة وأبوين وأخت شقيقة أو لأب. وهذا سهو منه رحمه الله فإن الأخوات لا يرثن مع الأب ومثل لذلك في الوسط والكبير بزوجة وأخوين لأم وأخت شقيقة أو

وثلثان، وما بقي كزوج وبنتين وأخ. والأربعة وعشرون لكل فريضة فيها ثمن وسدس، وما بقي كزوجة وأم وابن وربع وثمن وثلثان، وما بقي كزوج وبنتين وأخ ولا يتصور اجتماع الثمن والثلث. **(وما لا فرض فيها فأصلها عدد عصبتها وضعف للذكر على الأنثى)** ابن شاس: المسألة الواقعة إن تجرد فيها العصبة فالعدد الذي تصح منه المسألة يؤخذ من أعدادهم، فإن تمحضوا ذكوراً فالمسألة تقام من عدد رؤوسهم، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً فإن عدد الإناث ضعف عدد الذكور لأن الذكر في التعصيب باثنين. **(وإن زادت الفروض أعيلت)** قال الراجز: وإن تكاثرت على العال الفروض. ولم يكن بكلها له نهوض. فذاك ما ينشأ منه العول. حسبما يكون فيه القول قال ابن شاس: غير العائل من هذه الأصول الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية والعائلة منها هي الستة وضعفها وضعف ضعفها. **(فالعائل الستة لسبعة وثمانين وتسعة وعشرة)** ابن شاس: تعول الستة بسدسها إلى السبعة كأخوات الأب وأخوات الأم وجدة، وبثلثها إلى ثمانية كزوجين والستين لأب وأخت لأم، وبنصفها إلى تسعة كزوج وأختين لأب وأختين لأم، وبثلثين إلى عشرة كزوج وأختين لأم وجدة. **(والاثنا عشر لثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر)** ابن شاس: أما الاثنا عشر فتعول بالأوتار دون الأشفاع، فتعول بنصف سدسها، إلى ثلاثة عشر كزوجة وأختين شقيقتين وأخ لأم وبربعها إلى خمسة عشر كأخوات لأب وأخوات لأم وزوجة، وبربعها وسدسها إلى سبعة عشر إذا زيد في المثال جدة وهو نهاية عولها. **(والأربعة والعشرون لسبعة وعشرين وهي المنبرية زوجة وأبوان وابنتان لقول علي رضي الله عنه صار ثمنها تسعاً)** ابن شاس: وأما الأربعة والعشرون فتعول بثمنها إلى سبعة وعشرين لا غير. مثال عولها بنتان

وَرَدَّ كُلَّ صِنْفٍ انْكَسَرَتْ عَلَيْهِ سِهَامُهُ إِلَى وَفْقِهِ؛ وَإِلاَّ تَرَكَ؛ وَقَابَلَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَخَذَ أَحَدَ الْمِثْلَيْنِ، أَوْ أَكْثَرَ الْمُتَدَاخِلَيْنِ وَحَاصِلَ ضَرْبِ أَحَدِهِمَا فِي وَفْقِ الآخَرِ؛ إِنْ تَوَافَقَا: وَإِلاَّ فَفِي كُلِّهِ، إِنْ تَبَايَنَا،

لأب وهو الظاهر، لأن للشقيقة أو التي للأب النصف ستة وللزوجة الربع ثلاثة وللأخوين للأم الثلث أربعة، الجملة ثلاثة عشر. ومن أمثلة عولها لثلاثة عشر زوجة وأم وأختان شقيقتان أو

وأبوان وزوجة، فيعال لها بالثمن وهي الملقبة بالمنبرية. قيل: إن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال على الارتجال: صار ثمنها تسعاً. وسميت الفريضة عائلة من الزيادة إذا اجتمعت فيها فروض لا يفي بها جملة المال ولم يمكن إسقاط بعضها من غير حاجب وللتخصيص بعض ذوي الفروض بالنقص دون بعض، فيزيد في الفريضة سهام حتى يتوزع النقص على الجميع إلحاقاً لأصحاب الفروض بأصحاب الديون فسمي ذلك عولاً. **(ورد كل صنف انكسرت عليه سهامه إلى وفقه وإلا ترك)** معلوم أن الرؤوس إن كانت مثل عدد السهم أو كان عددها داخلاً في عدد السهم فالسهام مقسومة عليها بلا نظر في السهام مع الرؤوس إلا في التباين والتوافق. قال ابن شاس: فإذا انقسمت سهام المسألة على أصناف الورثة فقد صحت من أصلها، سواء كانت عائلة أم لا. قال ابن الشاط: فمتى وقع الانكسار على فريق فإن وافق عددهم عدد سهامهم ضرب عدد وفقهم في المقام أو في منتهى العول، وإن باين عددهم عدد سهامهم ضرب عددهم في ذلك. ابن علاق: مثال موافقة عدد الحصة لعدد الرؤوس من تركت زوجاً وابنين وبنتين وتضرب في هذا المثال الوفق في المقام، ومثال ضرب الوفق فيما عالت إليه من ترك زوجة وستة إخوة لأم وأختاً شقيقة وأختاً لأب. ومثال مباينة عدد الحصة لعدد الرؤوس من تركت زوجاً وأباً وأماً وابناً وبنتاً. ومثال ما يقع الضرب فيما عالت فيه المسألة من تركت زوجاً وخمس أخوات تصح من خمسة وثلاثين. **(وقابل بين اثنين وخذ أحد المثلين وأكثر المتداخلين وحاصل ضرب أحدهما في وفق الآخر إن توافقاً وإلا ففي كله إن تباينا)** ابن شاس: إن وقع الانكسار على صنفين فتعتبر عدد رؤوس كل صنف مع سهامه من حيث المباينة والموافقة خاصة، فما وافق سهامه أقمنا وفقه مقامه، وما باينها تركنا الرؤوس على حالها. ثم تنظر بين العددين الحاصلين أعني الوفقين أو الكاملين أو الرؤوس والوفق وتعتبر نسبة بعضها إلى بعض في أربعة: في التماثل والتداخل والتباين والتوافق. فإن تماثلا اقتصرنا على أحدهما وضربناه في أصل المسألة، وإن تداخلا اقتصرنا على الأكثر وضربناه في أصل المسألة، وإن توافقا ضربنا وفق أحدهما في كامل الآخر، ثم ما اجتمع فأصل المسألة، وإن تباينا ضربنا جملة أحدهما في جملة الآخر، ثم ما اجتمع فأصل المسألة فما انتهى إليه الضرب في جميع ذلك فمنه تصح المسألة على الصنفين جميعاً. وقد تبين من هذا أن كل واحد من الأقسام الثلاثة تعرض عليه الأحوال الأربعة فتتضاعف بها اثنتا عشرة صورة، ويظهر تفصيل ما أجمل بالتمثيل. المثال الأول أم وأربع أخوات لأم وستة إخوة لأب تصح من اثني عشر. الثاني جدة وثمانية أخوة لأم وستة أخوة لأب تصح من أربعة وعشرين الثالث أم وثمانية أخوة لأم وثمانية عشر ابن عم تصح من اثنين وسبعين. الرابع أم وست أخوات أشقاء وأربعة أخوات لأم تصح من اثنين وأربعين. الخامس جدتان وزوجتان وأخوان لأب تصح من أربعة وعشرين السادس زوجتان وبنت

ثُمَّ بَيْنَ الْحَاصِلِ وَالثَّالِثِ، ثُمَّ كَذَلِكَ، وَضُرِبَ فِي الْعَوْلِ أَيْضاً، وَفِي الصِّنْفَيْنِ اثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً، لأَنَّ كُلَّ صِنْفٍ، إِمَّا أَنْ يُوَافِقَ سِهَامَهُ، أَوْ يُبَايِنَهَا، أَوْ يُوَافِقَ أَحَدُهُمَا وَيُبَايِنَ الآخَرَ، ثُمَّ كُلٌّ إِمَّا أَنْ يَتَدَاخَلاَ، أَوْ يَتَوَافَقَا، أَوْ يَتَبَايَنَا أَوْ يَتَمَاثَلاَ، فَالتَّدَاخُلُ، أَنْ يُفْنِيَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ أَوَّلاً وَإِلاَّ فَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ فَمُتَبَايِنٌ، وَإِلاَّ فَالْمُوَافَقَةُ بِنِسْبَةِ مُفْرَدٍ لِلْعَدَدِ الْمُفْنِي آخِراً، وَلِكُلٍّ مِنَ التَّرِكَةِ بِنِسْبَةِ حَظِّهِ مِنَ

....

وأربعة إخوة لأب تصح من اثنين وثلاثين. السابع تسع بنات وستة إخوة لأب تصح من أربعة وخمسين. الثامن ثلاث زوجات وشقيقتان وعاصبان تصح من أربعة وعشرين. التاسع أم وست بنات وثلاث بني ابن تصح من ثمانية عشر. العاشر أربع زوجات وست إخوة لأب تصح من ستة عشر. الحادي عشر ثمان بنات وستة بني ابن تصح من ستة وثلاثين. الثاني عشر أربع بنات وابن ابن وبنت ابن تصح من ثمانية عشر. (**ثم بين الحاصل والثالث**) ابن شاس: فإن وقع الانكسار على ثلاثة أصناف فاختلف الحساب على طريقتين، وذكر بعض الأصحاب طريقة وجيزة مغنية عن التطويل فقال: يجعل النظر بين صنفين من الثلاثة كأنه لم يقع الانكسار إلا عليهما خاصة، فتعمل فيهما على ما تقدم عمله في الانكسار على صنفين حتى إذا انتهيت في الإقامة إلى عدد المنكسرين أعني الذي يضرب في أصل المسألة نظرنا بينه وبين العدد الثالث الباقي، ثم عملنا فيه ما عملناه في العددين الأولين. فما انتهى إليه العمل وحصل من مبلغ الضرب جعلناه عدد المنكسرين هاهنا وضربناه في أصل المسألة، فما انتهى إليه الضرب فمنه تصح اهـ. وما ذكر ابن الشاط إلا هذه الطريقة خاصة قائلاً: ثم نظر في عددين إلى أن قال: ثم نظر في أن ذلك استقر مع العدد الثالث كما في العددين منها، ثم استقر نظر فيه كذلك مع الرابع أيضاً، ثم كذلك إلى تمام الأعداد وعند ذلك فيضرب المبلغ في المقام أو في المنتهى. (**ثم كذلك وضرب في أصل المسألة وفي العول أيضاً**) تقدم قول ابن الشاط: ثم كذلك أي تضرب المبلغ في المقام أو في المنتهى. (**وفي الصنفين اثنتي عشرة صورة لأن كل صنف إما أن يوافق سهامه أو يباينها أو يوافق أحدهما ويباين الآخر ثم كل إما أن يتداخلا أو يتوافقا أو يتماثلا أو يتباينا**) تقدم قول ابن شاس: ما تبين أن كل واحد من الأقسام الثلاثة تتعذر عليه الأصول الأربعة. انظر مثله قبل قوله: «ثم بين الحاصل والثالث». (**والتداخل أن يفني أحدهما الآخر أو لا فإن بقي واحد فتباين وإلا فالموافقة بنسبة الفرد للعدد المفني**) ابن الشاط: كل عددين عورض أحدهما بالآخر فلا بد أن يتماثلا أو يتداخلا أو يتوافقا أو يتباينا. فالمداخلة أن يكون أصغرهما جزءاً واحداً من أكبرهما، والمباينة أن لا يكون غير الواحد بعدهما، والمماثلة أن يتساويا والموافقة هي أن يكون لكل واحد منهما جزء سمي بنسبة الواحد من عدد يعدهما، فإن كان يعدهما عددان أو أعداد فالمعتبر أكبر العددين أو الأعداد، ومتى قسما على العدد الذي يعدهما أو على المعتبر من العددين أو الأعداد فالخارج يسمى الوفق والراجع أيضاً. ابن علاق: قوله «فالمعتبر أكثر العددين» مثاله الاثنا عشر والستة عشر تعدهما الأربعة وتعدهما الاثنان، فما يعتبر في المناظرة إلا الأربعة التي هي أكبر العددين فتوفق بينهما بالربع لا بالنصف. (**ولكل من التركة بنسبة حظه من المسألة**) ابن الشاط: عمل قسمة التركة أن يسمى نصيب

الْمَسأَلَةِ، أَوْ تَقْسِيمِ التَّرِكَةِ عَلَى مَا صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ كَزَوْجٍ، وَأُمٍّ، وَأُخْتٍ لِلزَّوْجِ: ثَلاثَةٌ، وَالتَّرِكَةُ عِشْرُونَ، فَالثَّلاثَةُ مِنَ الثَّمَانِيَةِ رُبُعٌ وَثُمُنٌ، فَيَأْخُذُ سَبْعَةً وَنِصْفاً، وَإِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمْ عَرَضاً فَأَخَذَهُ بِسَهْمِهِ وَأَرَدْتَ مَعْرِفَةَ قِيمَتِهِ. فَاجْعَلِ الْمَسْأَلَةَ سِهَامَ غَيْرِ الآخِذِ ثُمَّ اجْعَلْ لِسِهَامِهِ مِنْ تِلْكَ النِّسْبَةِ، فَإِنْ زَادَ خَمْسَةً لِيَأْخُذَ: فَزِدْهَا عَلَى الْعِشْرِينَ، ثُمَّ اقْسِمْ،

....

كل وارث من المسألة ومثل ذلك الاسم له من التركة.

ابن علاق: ومثال هذا من تركت زوجاً وأماً وأختاً لأب وتركت أربعة وعشرين ديناراً وأردت قسمها على الورثة، فتعمل المسألة من ثمانية: ثلاثة للزوج، واثنان للأم وثلاثة للأخت للأب. فإذا قسمت الأربعة والعشرين عليهم فإنك تقول سهام الزوج ثلاثة فتسميها من الثمانية عدد المسألة تكون ثلاثة أثمان، فله ثلاثة أثمان التركة بتسعة، وكذلك للأخت مثله وتقول بيد الأم اثنان فتسميها من الثمانية تجدها ربعاً فلها ربع التركة وذلك ستة. **(أو تقسم التركة على ما صحت منه المسألة)** قال ابن الحاجب: هذا هو الطريق المختار الذي جرى عليه العمل في الوقت وهو أن تقسم عدد التركة على العدد الذي انقسمت منه المسألة، فما خرج من القسمة ضربته فيما بيد كل وارث فأخرج فهو الذي يجب له من التركة. **(كزوج وأم وأخت من ثمانية للزوج ثلاثة والتركة عشرون والثلاثة من الثمانية ربع وثمن فيأخذ سبعة ونصفاً وإن أخذ أحدهم عرضاً فأخذه بسهمه وأردت معرفة قيمته فاجعل المسألة سهام غير الآخذ ثم اجعل لسهامه من تلك النسبة)** ابن الحاجب: كزوج وأم وأخت لأب من ثمانية للزوج ثلاثة والتركة عشرون. فنسبة الثلاثة من الثمانية ربع وثمن، فتأخذ ربع وثمن العشرين وهو سبعة ونصف، فإن كان مع التركة عرض فأخذه وارث بحصته فأردت معرفة نسبته فاجعل المسألة سهام غير الآخذ. ثم اجعل سهامه من تلك النسبة بما حصل فهو ثمن العرض، فإذا أخذ الزوج العرض بحصته فاجعل النسبة خمسة لكل سهم أربعة، ثم اجعل للزوج أربعة في ثلاثة تكون اثني عشر وهو ثمنه فتكون التركة اثنين وثلاثين. وقد ذكر ابن علاق هذا المثال بعينه: زوج وأم وأخت شقيقة وتركت داراً وعشرين ديناراً. فاجتمع الورثة على أن أخذ الزوج الدار وأخذت الأم والأخت عشرين ديناراً، فإذا أردنا قسمة الدنانير على الأخت والأم جمعنا سهامهما فكانت خمسة وبيد الأم اثنان وأسهمها من الخمسة خمسان، فلها خمسا الدنانير وبيد الأخت ثلاثة وأسهمها من الخمسة ثلاثة أخماس فلها ثلاثة أخماس الدنانير، فإذا أردنا قيمة معرفة الدار فقال ابن الشاط: نقسم عدد العين على سهام من أخذه والخارج في القسمة تضربه في سهام آخذ الدار، فما خرج فهو قيمة الدار، فتقسم هنا العشرين عدد الدنانير على خمسة سهام الأخت من الأم يخرج أربعة فتضربها في الثلاثة سهام آخذ الدار يخرج اثنا عشر هي قيمة الدار، وهذا راجع إلى النسبة. وبيان ذلك أن نسبة سهام الذي أخذ الدار إلى قيمة الدار كنسبة سهام اللتين أخذتا العين إلى العين، فهذه أربعة أعداد متناسبة أو لها ثلاثة سهام الزوج آخذ الدار، والثاني وهو المجهول قيمة الدار، والثالث سهام آخذ العين وهي خمسة، والرابع العين وهو عشرون. **(فإن زاد خمسة ليأخذ فزدها على العشرين ثم اقسم)** قال ابن الحاجب في المثال بعينه:

وَإِنْ مَاتَ بَعْضٌ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَوَرِثَهُ الْبَاقُونَ كَثَلاَثَةِ بَنِينَ مَاتَ أَحَدُهُمْ أَوْ بَعْضٌ: كَزَوْجٍ مَعَهُمْ، وَلَيْسَ أَبَاهُمْ: فَكَالْعَدَمِ، وَإِلاَّ: صَحِّحِ الأُولَى، ثُمَّ الثَّانِيَةَ، فَإِنِ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثاني عَلَى وَرَثَتِهِ: كَابْنٍ وَبِنْتٍ مَاتَ وَتَرَكَ أُخْتاً وَعَاصِباً: صَحَّتَا، وَإِلاَّ وَفِّقْ بَيْنَ نَصِيبِهِ، وَمَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ، وَاضْرِبْ وَفْقَ الثَّانِيَةِ فِي الأُولَى كَابْنَيْنِ وَابْنَتَيْنِ: مَاتَ أَحَدُهُمَا، وَتَرَكَ زَوْجَةً وَبِنْتاً، وَثَلاثَةَ بَنِي ابْنٍ، فَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الأُولَى: ضُرِبَ لَهُ فِي وَفْقِ الثَّانِيَةِ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ: فَفِي وَفْقِ سِهَامِ الثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَتَوَافَقَا: ضَرَبْتَ مَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ فِيمَا صَحَّتْ مِنْهُ الأُولَى. كَمَوْتِ أَحَدِهِمَا عَنِ ابْنٍ

لأب أو إحداهما شقيقة والأخرى لأب والله أعلم ص: (وترك زوجاً) ش: أي زوجة ويعين

فإن زاد مع العرض خمسة فزدها مع العشرين ثم اقسمها كذلك فيكون لكل سهم خمسة، ثم اجعل للزوج خمسة في ثلاثة، ثم زد عليها خمسة فتكون عشرين فيكون ثمن العرض مثالاً آخر. ابن شاس: ترك أبوين وأربع بنات وتركته خمسون ديناراً وداراً، فتأخذ الأم الدار في ميراثها وترد عشرة دنانير فيسقط سهم الأم فيبقى من الفريضة خمسة عليها يقع القسم، ثم تزيد على الخمسين ديناراً العشرة التي دفعت الأم وتقسم الجميع وذلك ستون ديناراً على خمسة الأسهم، فيخرج من القسم اثنا عشر ديناراً وذلك حصة الأم من التركة. وإذا أردت أن تعرف كم ثمن الدار فزد العشرة التي كانت الأم دفعتها على الاثني عشر فيكون الجملة اثنين وعشرين ديناراً فذلك ثمن الدار. **(وإن مات بعض قبل القسمة وورثه الباقون كثلاثة بنين مات أحدهم أو بعض كزوج معهم ليس أباهم فكالعدم)** قال ابن علاق: من لواحق الفرائض المناسخة. قال ابن الشاط: وهي أن يتوفى وارث فأكثر قبل قسمة التركة، فإن كان وارث المتأخرين هم بقية ورثه المتقدم عليه أو بعضه ويرثونه بالتعصيب على الوجه الذي ورثه المتقدم فيختص العمل وتقام مسألة من بقي لا غير، والأصح الأولى ثم الثانية. فإن انقسم نصيب الثاني على ورثته صحتا معاً كابن وبنت ماتا، وتركاً أختاً وعاصباً. **(والأوفق بين نصيبه وما صحت منه مسألته واضرب وفق الثانية في الأولى كابنين وابنتين مات أحدهما وترك زوجة وبنتاً وثلاثة بني ابن فمن له شيء من الأولى ضرب له في وفق الثانية ومن له شيء من الثانية ففي وفق سهام الثاني)** ابن شاس: إن لم ينقسم نصيب الميت الثاني على مسألته فانظر؛ فإن كان بينه وبين ما صحت منه مسألته موافقة فخذ الوفق من مسألته لا من نصيبه، واضربه في المسألة الأولى وتصح القسمة من المبلغ في المسألتين. مثاله ابنان وابنتان. مات أحد الابنين وخلف زوجاً وبنتاً وثلاثة بني ابن. المسألة الأولى تصح من ستة ونصيب الميت الثاني منها سهمان ومسألته من ثمانية لا ينقسم نصيبه عليها لكن يوافقها بالنصف، فاضرب نصف مسألته في المسألة الأولى أربعة في ستة تبلغ أربعة وعشرين منها تصح المسألتان. من له شيء من المسألة الأولى أخذه مضروباً في نصف المسألة الثانية، ومن له شيء من المسألة الثانية أخذه مضروباً نصف ما مات عنه مورثه وذلك واحد. وعبارة غيره ومن له شيء من المسألة الثانية أخذه مضروباً في نصف حصة مورثه من الأولى وذلك واحد. **(وإن لم يتوافقا ضربت ما صحت منه مسألته فيما صحت منه الأولى كموت أحدهما عن ابن وبنت)** ابن علاق: وإن لم ينقسم نصيب الميت الثاني

وَبِنْتٍ، وَإِنْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَرَثَةِ فَقَطْ بِوَارِثٍ. فَلَهُ مَا نَقَصَهُ الإِقْرَارُ تَعْمَلُ فَرِيضَةَ الإِنْكَارِ، ثُمَّ فَرِيضَةَ الإِقْرَارِ ثُمَّ انْظُرْ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ تَدَاخُلٍ وَتَبَايُنٍ وَتَوَافُقٍ، الأَوَّلُ وَالثَّانِي كَشَقِيقَتَيْنِ وَعَاصِبٍ، أَقَرَّتْ وَاحِدَةٌ بِشَقِيقَةٍ أَوْ بِشَقِيقٍ، وَالثَّالِثُ. كَابْنَتَيْنِ وَابْنٍ أَقَرَّ بِابْنٍ، وَإِنْ أَقَرَّ ابْنٌ

ذلك أن الكلام فيما إذا وافق سهام الميت الثاني مسألته. وإنما يتصور حيث يكون الميت أحد

من الأولى على عدد مسألته وباينها فتضرب عدد مسألتها في الأولى ومن الخارج تنقسم، ثم من له شيء من الأولى أخذه مضروباً في عدد المسألة الثانية، ومن له شيء من الثانية أخذه مضروباً في حصة موروثه من الأولى، فلو مات رجل وترك ابنين وبنتين ثم مات أحد الابنين وترك ابناً وبنتاً، فمسألة الميت الأولى من ستة، والمسألة الثانية من ثلاثة، فللميت من المسألة الأولى اثنان وهي تباين الثلاثة التي انقسمت منها مسألته فتضرب الثلاثة عدد مسألته في الستة عدد المسألة الأولى يكون الخارج ثمانية عشر منها تصح ثم تضرب حصة كل وارث في الأولى في ثلاثة عدد مسألة الثانية فيخرج للابن في الأولى ستة هي واجبه، وتضرب ما بيد كل بنت في الأولى في الثلاثة أيضاً فيخرج لكل بنت ثلاثة هي واجبها، وتضرب ما بيد كل وارث في الثانية في حصة موروثه فتضرب ما بيد الابن في المسألة الثانية في الاثنين حصة موروثها، فيجب له أربعة، وتضرب ما بيد البنت في الثانية في حصة موروثها فيجب لها اثنان. (**وإن أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الإقرار تعمل فريضة الإقرار ثم الإنكار ثم انظر ما بينهما من تداخل وتباين وتوافق الأول والثاني كشقيقتين وعاصب أقرت واحدة بشقيقة أو بشقيق والثالث كابنتين وابن أقر بابن**) ابن الشاط: من لواحق الفرائض الإقرار والإنكار أن يقر وارث بوارث وينكر غيره. ابن علاق: ولم يذكر إقرار الميت وهو على أوجه وذكر إقرار الوارث. فإن لم يكن الوارث عدلاً فلا إشكال، وإن كان عدلاً فلا يثبت له نسب به ولكن يحلف مع شاهده المقر به ويأخذ جميع حظه. انظره فيه. وقال ابن شاس: إذا لم يحكم المقر بالميراث فإن لم يوجب إقراره نقصاً في سهمه فلا شيء للمقر به، وإن أوجب نقصان سهمه أعطى منه مقدار ما أوجب من النقص لو صح إقراره، ووجه العمل في ذلك أن تنظر فريضة الجماعة في الإنكار وفريضة المقر خاصة في الإقرار كأنه ليس ثم وارث غيره لأنك إنما تريد معرفة سهامه في الإقرار وحده. فإن تماثلت الفريضتان أجزأتك إحداهما، وإن دخلت إحداهما في الأخرى أجزأتك أكثرهما، وإن اتفقتا بجزء ضربت جزء إحداهما في كامل الأخرى، وإن لم يتفقا بجزء ضربت كامل إحداهما في كامل الأخرى، وكذلك تعمل إن كانت ثلاث فرائض أو أكثر، ثم أقسم على الورثة على الإنكار لأنه هو الأصل فتعرف ما لكل وارث، ثم انظر للمقر وحده من فريضة الإقرار فأعطه إياه، وما فضل بيده من فريضة الإنكار فأعطه من أقر له. فإذا أردت القسمة على الورثة فاضرب لكل وارث بماله من فريضة الإنكار في فريضة الإقرار وفي وفق الإقرار إن كان لها واضرب لمن تريد أن تعرف ماله من فريضة الإقرار سهامه منها في فريضة الإنكار أو في وفق إن كان لها فتعرف ما يفضل بيده، ولا تضر بها لمن ليس له في الإقرار شيء. ومثال ما تقدم من إجمال الحساب مسألة المماثلة أم وأخت لأب وعم أقرت

بِبِنْتٍ، وَبِنْتٌ بِابْنٍ فَالإِنْكَارُ مِنْ ثَلاَثَةٍ، وَإِقْرَارُهُ مِنْ أَرْبَعَةٍ، وَهِيَ مِنْ خَمْسَةٍ فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي خَمْسَةٍ بِعِشْرِينَ، ثُمَّ فِي ثَلاَثَةٍ يَرُدُّ الابْنُ عَشَرَةً، وَهِيَ ثَمَانِيَةً، وَإِنْ أَقَرَّتْ زَوْجَةٌ حَامِلٌ، وَأَحَدُ أَخَوَيْهِ أَنَّهَا وَلَدَتْ حَيًّا، فَالإِنْكَارُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ. كَالإِقْرَارِ، وَفَرِيضَةُ الابْنِ مِنْ ثَلاَثَةٍ: تُضْرَبُ فِي ثَمَانِيَةٍ، وَإِنْ أَوْصَى

الابنين، وأما البنتان فسهام كل واحدة واحد والواحد بيان كل عدد، وإن كان الميت أحد

الأخت لأب بأخت شقيقة، وأنكرت الأم فالفريضة في الإقرار والإنكار من ستة فقد تماثلت الفريضتان، فتجزئك إحداهما وللأم في الإنكار الثلث سهمان للأخت النصف ثلاثة وللعم ما بقي سهم، وإنما للأخت في الإقرار السدس تكملة الثلثين سهم فيفضل بيدها سهمان فتدفعهما إلى الأخت الشقيقة مسألة المداخلة كشقيقتين وعاصب أقرت واحدة شقيقة فالفريضة على الإنكار من ثلاثة، وعلى الإقرار تصح من تسعة وتستغنى بها عن الثانية فتعطي للمقر له سهماً واحداً وهي الذي ينقص المقر لأن الستة التي تخص الأخوات من التسعة إذا قسمت على الإنكار خص كل واحد ثلاثة أسهم إذا قسمت على الإنكار خص كل واحد سهمان فقد نقص بين الإقرار والإنكار سهم مسألة المباينة كشقيقتين وعاصب أقرت واحدة بشقيق فالفريضة على الإنكار من ثلاثة، وعلى الإقرار من أربعة. فتضرب الثلاثة في الأربعة فتكون اثني عشر لكل أخت على الإنكار أربعة وعلى الإقرار ثلاثة، فقد نقص العدة سهم فيأخذه المقربة مسألة لموافقة كابنين وابن أقر بابن ففريضة الإنكار أربعة وفريضة الإقرار ستة. فالفريضتان تتفقان بالنصف فتضرب إحداهما في نصف الأخرى فتكون اثنا عشر للابن من فريضة الإنكار اثنان، ومن فريضة الإقرار بستة، ولكل بنت سهم في ثلاثة، وللابن من فريضة الإقرار اثنان في اثنين نصف فريضة الإنكار بالأربعة، فيفضل بيده سهمان فيدفعهما الابن الذي أقر به. انظر قول ابن شاس: «تنظر فريضة المقر بالإقرار خاصة لأنك إنما تريد معرفة سهمه وحده. انظر هذا بالنسبة إلى الفريضة المعروفة بالعقرب تحت طوبة وبالنسبة إلى الفريضة التي أشار إليها الراجز:

فصل فإن أوجب سهماً أحدثه ... زيادة في حظ بعض الورثه

(وإن أقر ابن ببنت وبنت بابن فالإنكار من ثلاثة وإقراره من أربعة وهي من خمسة فتضرب أربعة في خمسة ثم في ثلاثة يرد الابن عشرة وهي ثمانية) ابن شاس: إن تعدد المقر والمقر له فاعتبر فريضة الإقرار أو فرائض بعضه ببعض، فتضرب إحداهما في كامل الأخرى عند التباين وفي وفق إن كان لها وتستغنى بالأكثر في حالة التداخل أو بإحداهما في حال التماثل، ثم ما يحصل معك نظرت نسبته إلى فريضة الإنكار أي نسبة هي من الأقسام الأربعة، ثم عملت فيها ما تقدم من ضرب أو استغناء، ثم قسمت ما انتهى إليه العمل على الإنكار، ثم قسمته على إقرار أحد الورثة فما نقصه دفعته إلى الذي أقر به، ثم قسمت الجملة أيضاً على إقرار الآخر فما نقصه دفعته لمن أقر به. وكذلك إن كان ثالث وما زاد عليها، فإن أقر ابن ببنت وبنت بابن فالفريضة في الإنكار من ثلاثة وفي إقرار الابن قال ابن الحاجب: من أربعة وفي إقرار البنت من خمسة تضرب أربعة في خمسة بعشرين ثم في ثلاثة بستين فيرد الابن عشرة للمقر بها والبنت ثمانية للمقر به. **(وإن أقرت زوجة حامل واحد أخويه أنها**

بِشَائِعٍ: كَرُبْعٍ، أَوْ جُزْءٍ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ. أُخِذَ مَخْرَجُ الْوَصِيَّةِ ثُمَّ إِنْ انْقَسَمَ الْبَاقِي عَلَى الْفَرِيضَةِ كَابْنَيْنِ وَأَوْصَى بِالثُّلُثِ. فَوَاضِحٌ،

....

ولدت حياً فالإنكار من ثمانية كالإقرار وفريضة الابن من ثلاثة تضرب في ثمانية) قال ابن علاق: هذه المسألة لأصبغ ذكرها عنه ابن المواز وللعتبي فيها إقرار ومناسخة فتعمل مسألة الإقرار والمناسخة. فإذا صحت من عدد نظر بينه وبين عدد مسألة الإنكار ورد إلى عمل واحد وبسط عملها أي مسألة الإنكار من ثمانية: اثنان للزوج ولكل أخ ثلاثة. ومسألة الإقرار من ثمانية: للزوج واحد وللابن المستهل سبعة، ثم ترد الابن المستهل قد مات عن سبعة وترك أمه وعميه ومسألته من ثلاثة، والسبعة لا تنقسم على ثلاثة ولا توافقها، فتضرب الثلاثة مخرج مسألة المناسخة في الثمانية مخرج مسألة الإقرار يخرج أربعة وعشرون منها ينقسم الإقرار والمناسخة، ثم تنظر بين الأربعة والعشرين والثمانية مخرج مسألة الإنكار تجدهما متداخلين فتستغني بالأربعة والعشرين ومنها تنقسم فتقسم الأربعة والعشرون على الثمانية مخرج الإنكار فيجب للزوج ستة ولكل أخ تسعة، فيأخذ المنكر التسعة التي وجبت له، وأما الأخ المقر فإنه لا يأخذ منها لأنه مقر أنه محجوب بالابن المستهل، ثم اعتبر مسألة الإقرار فنجد الزوجة ورثت فيها الثمن ثلاثة وورثت المستهل أحداً مات عنها فورثت أمه الثلث سبعة وعماه الثلثين أربعة عشر سبعة لكل واحد، فالعم المقر ليس له من المسألة إلا سبعة فتدفعها له وقد كان وجب له في الإنكار تسعة فاستفضل اثنين فيدفعها للزوج مع الستة التي وجبت لها في الإنكار، فتجتمع لها ثمانية ويكون الأخ المنكر قد جحدها في اثنين، هكذا ذكروا في عمل هذه المسألة على مقتضى عمل ابن الشاط انظره فيه. وقرر ابن شاس المسألة بما نصه: فريضة الإنكار تنقسم من ثمانية، وفريضة الإقرار من ثمانية أيضاً. وفريضة الابن على الإقرار من ثلاثة فتضرب ثلاثة في ثمانية فتبلغ أربعاً وعشرين فللمرأة في الإنكار الربع ستة الباقي ثمانية عشر لكل أخ تسعة ولها في الإقرار الثمن ثلاثة وللابن إحدى وعشرون توفي عنها لأمه الثلث سبعة ولكل أخ سبعة فيفضل بيد المصدق سهمان فيدفعهما إلى الأم فيصير بيدها ثمانية وبيد المصدق سبعة وبيد المنكر تسعة. **(وإن أوصى بشائع كربع أو جزء من إحدى عشر أخذ مخرج الوصية أن انقسم الباقي على الفريضة كابنين وأوصى بالثلث فواضح)** مثل هذا الابن الحاجب وقال الراجز:

فصل ومهما يك أوصى موص	بجزء مقدر منصوص
مما به قد نفذت وصيته	أو قد أجازه له ورثته
جعلت أدنى عدد تجد فيه	جزء الوصية تقتفيه
وأعط للموصى له وصيته	من المقام واقسمن بقيته
على الذي منه تصح المسألة	فذاك أمر واضح لم تجهله
مثاله أوصى بخمس وترك	عرساً وأما وأباً لما هلك
فإنها مقامها من خمسة	والأصل من أربعة لا تنسه

وَإِلاَّ وُفِّقَ بَيْنَ الْبَاقِي وَالْمَسْأَلَةِ، وَاضْرِبِ الْوَفْقَ فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ. كَأَرْبَعَةِ أَوْلاَدٍ، وَإِلاَّ. فَكَامِلُهَا. كَثَلاَثَةٍ، وَإِنْ أَوْصَى بِسُدُسٍ وَسُبُعٍ، ضَرَبْتَ سِتَّةً فِي سَبْعَةٍ ثُمَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، أَوْ فِي وَفْقِهَا،

....

تـدفـع واحـداً لمن أوصـى لـه ... يـبـقـى مـن المقام مـثـل المسـألـة

(والأوفق بين الباقي والمسألة واضرب الوفق في مخرج الوصية كأربعة أولاد وإلا فكاملها كثلاثة) ابن شاس: إذا أوصى بجزء كربع أو جزء من أحد عشر صح كان الجزء أو مفتوحاً فللعمل طريقان: الأول أن تصحح فريضة الميراث بطريق تصحيحها أخرجت إلى التصحيح أو صححت من أصلها، عالت أو لم تعل، ثم تجعل جزء الوصية من حيث تقسم على أصحاب الوصايا فريضة برأسها ثم تخرج جزء الوصية وتنظر إلى ما بقي؛ فإن كانت هذه البقية من فريضة الوصية تنقسم على فريضة الورثة وتمت، وإن لم تنقسم نظرنا بينهما واعتبرنا إحداهما بالأخرى. فإن توافقا بجزء ضربنا ذلك الجزء من فريضة الميراث في فريضة الوصية، فما بلغ فمنه يصح الحساب كمن خلف أربعة أولاد وأوصى بثلث فتعول الفريضة من أربعة والوصية من ثلاثة، يخرج جزء الوصية وهو سهم يبقى اثنان لا تنقسم على الأربعة لكن توافقها بالنصف، فتضرب اثنين وفق فريضة الورثة في ثلاثة فريضة الوصية تكون ستة يخرج منها جزء الوصية اثنين تبقى أربعة تنقسم على الأربعة، وإن توافقا وتباينا ضربنا فريضة الميراث في فريضة الوصية فما انتهى إليه الضرب منه يصح حساب الوصية والفريضة جميعاً. **(وإن أوصى بسدس وسبع ضربت ستة في سبعة ثم في أصل المسألة أو وفقها)** قال الراجز:

فـصـل فـإن كـثـرت الأجـزاء	مـن الـوصـيـة فـالاجـتـزاء
فإن تقيم الكل من أدنى عدد	ثـم إذا صـحـحـتـه كـمـا ورد
عـمـلـت فيه مثل ما قد وصفا	حـسـبـمـا ذكـرت فـيـه وكـفـى
مـثـالـه أوصـى لـزيـد بـخـمـس	ولأبـي بـكـر وعـمـرو بـسـدس
فـفـي الـثـلاثـين المقام متـضـح	وهـو أدنـى عـدد مـنـه يـصـح
فـسـتـة مـنـهـا لـزيـد تـقـسـم	وخـمـسـة لآخـريـن تـعـلـم
ومـا بـقـي يـقـسـمـه ورثـتـه	على الذي انتهت له مسألته
واعمل في الانكسار في أقسامه	مـثـل الـذي بينت مـن أحـكـامـه

قال ابن شاس: لو أوصى بجزأين ضربت مخرج أحدهما في مخرج الآخر وفي وفق إن كان له، فما اجتمع من الضرب فهو مخرج الوصيتين جميعاً. فإذا أخرجت جزء الوصية منه قسمت الباقي على الفريضة، فإن انقسم وإلا ضربت ما انتهى إليه الضرب في عدد سهام المسألة وفي وفق إن كان لها، فما بلغ فمنه يصح حساب الوصيتين والفريضة كمن ترك ثلاثة بنين وأوصى بسدس لرجل أو بسبع لآخر، فمخرج السدس ستة، ومخرج السبع سبعة، وليس بينهما وفق فتضرب الستة في السبعة

وَلاَ يَرِثُ مُلاَعِنٌ وَمُلاَعِنَةٌ، وَتَوْأَمَاهَا شَقِيقَانِ، وَلاَ رَقِيقٌ، وَلِسَيِّدِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ جَمِيعُ إِرْثِهِ،

الابنين تعين أن يكون المراد زوجة والله أعلم ص: **(وتوأماها شقيقان) ش:** هذا هو المشهور وقال المغيرة: إنهما يتوارثان لأم كالمشهور في توأمي الزانية والمغصوبة. وقال ابن نافع: إنهما شقيقان أيضاً. وأما توأما المستأمنة والمسبية فقال في أول كتاب اللعان من البيان: إنهما شقيقان ولم يحك في ذلك خلافاً، وقد تقدم الكلام على هذه المسألة في اللعان. ص: **(ولا رقيق) ش:** وفي المدونة: إذا عتق المديان ولم يعلم الغرماء حتى مات بعض قرابة المعتق، لم يرثه لأنه عبد حتى يجيز الغرماء العتق، فهو متردد بين الحرية والرق وقريبه حر صرف. وإذا بتل عتق عبده في مرضه وله أموال متفرقة إذا جمعت خرج العبد من ثلثها فلا يرث قبل جمعها لأن المال قد يهلك فلم تتحقق الحرية. قاله في العتق الأول. وقال ابن يونس: إذا اشتريت عبداً فأعتقته وورث وشهد ثم استحق، فإن أجاز المستحق البيع نفذ العتق والميراث وإلا بطل الجميع.

تبلغ اثنين وأربعين، فتخرج جزء الوصية ثلاثة عشر فتبقى تسعة وعشرون لا تنقسم على سهام الفريضة ولا توافقها، فتضرب ثلاث سهام الفريضة في الاثنين والأربعين يكون ذلك مائة وستة وعشرين، فجزء الوصية من ذلك تسعة وثلاثون تبقى سبعة وثمانون لكل سهم تسعة وعشرون. **(ولا يرث ملاعن وملاعنة وتوأماها شقيقان)** انظر هذه العبارة. قال الراجز:

وإن تلاعن عن امرؤ أو زوجته ... وانخرمت عن ملكها عصمته
فما لم تلد من موروث ... في زوجها الملاعن الموروث
وتوأماها فاعلمن شقيقا ... بالأب والأم معاً حقيقا

وتوأما الباقي للأم فقط

ثم قال: وفيها قولان بالمغتصبة. قال ابن علاق: وإذا نفى الزوج ولده من زوجته باللعان فإنه ينتفي منه ويقطع التوارث بينه وبينه وترثه أمه وأخوه لأمه وموالي أمه لا عصبة أمه. الجلاب: ويرث أيضاً هو أمه. وكنت سألت عن وقوفه لأمه فأجبت بأنه وارثها وعاصبها فيوقف لها. وقال علي رضي الله عنه: إن لم يرثه ذو سهم كان ما تركه لعصبة أمه وتصير شقيقته أختاً لأمه إلا إذا كانا في بطن واحد وبقي الحمل فإنهما يتوارثان على أنهما شقيقان خلافاً للمغيرة وابن دينار. وصوب ابن يونس في توأمي المغتصبة أنهما أخوان لأم بخلاف توأمي الملاعنة والمسبية والمستأمنة. **(ولا رقيق ولسيد المعتق بعضه جميع إرثه)** قال الراجز:

وكل من للرق فيه شعبة ... فماله من الوارثين نسبة
مكاتب مدبر أم ولد ... كل سواء حكمهم قد اطرد
ومعتق لأجل أو بعضه ... يسقط بين الوارثين فرضه

قال في المدونة: إذا كان بعض العبد حراً فليس لمن يملك بقيته أن ينتزع ماله وهو موقوف بيده

وَلاَ يُورَثُ إِلاَّ الْمُكَاتَبَ وَلاَ قَاتِلٌ عَمْداً عُدْوَاناً، وَإِنْ أَتَى بِشُبْهَةٍ كَمُخْطِىءٍ مِنَ الدِّيَةِ،

والفرق أن المديان متعد على الغرماء بخلاف المشتري، فلو علم المشتري بملك المستحق استوت المسألتان عند العتق. قال ابن يونس: وإن لم يعلم الغرماء حتى ورث ثم أجازوا نفذت الأحكام. انتهى ص: **(ولا قاتل عمداً عدواناً)** ش: ولو عفا عنه. قال في كتاب الوصايا من النوادر في ترجمة المدبر وأم الولد يقتلان السيد عن كتاب ابن المواز: وإذا قامت بينة على وارث أنه قتل مورثه عمداً فأبرأه المقتول فإنه يتهم في إبرائه لأن ولده يرى أنه يوجب له ميراثاً زال عنه بالقتل وهو عفو جائز لا يقتل به. ولكن لا يرثه بذلك ولا يكون مصابه وصية له من ثلثه لأنه يتهم ولكن لو لم يبرئه وقال نصيبه من الميراث هو له وصية فذلك له جائز، لأنه وصية لغير وارث. ومن كتاب ابن المواز والمجموعة: قال أشهب: إذا قامت بينة على وارث بالقتل عمداً فكذبهم بعض الورثة وصدقهم البعض، فإن ما صار للمكذبين من ميراثهم يريد من الدية فهو للقاتل، وكذلك الموصى له بالوصية كما لو أقر الميت بدين لوارثه وصدقه بعض ورثته. انتهى.

تنبيه: احترز المؤلف بقوله: «عمداً عدواناً» مما لو كان عمداً غير عدوان. قال الفاكهاني: نحو أن يقتل الحاكم ولده قصاصاً ونحوه فهذا يورّث عندنا بلا خلاف أعلمه، وفي مذهب الشافعي ثلاثة أقوال انتهى. ص: **(وإن بشبهة)** ش: يشير إلى ما قاله في النوادر: إذا قتل الأبوان ابناهما على وجه الشبهة وسقط عنهما القتل فالدية عليهما ولا يرثان منها ولا من المال لأنه عدوان من الأجنبي. نقله في الذخيرة.

فرع: قال الفاكهاني: إذا جرح إنسان وريثه فمات الجارح قبل المجروح، هل يرثه؟ لم أقف عليه على نص وفي الروضة أنه يرث انتهى. قلت: ولا ينبغي أن يختلف في أنه يرث وهو

وله بيع حصته، ويحمل المبتاع في مال العبد محمل البائع. وإذا عتق العبد يوماً ما تبعه ماله، وإن كان ماله للمتمسك بالرق خاصة دون الذي أعتق لأنه لا يورث بالحرية حتى تتم حريته. **(ولا يرث إلا المكاتب)** انظر عند قوله في المكاتب: «ورثه من معه». **(ولا قاتل عمداً عدواناً)** ابن الشاط موانع الميراث قتل العمد العدوان. ابن علاق: قوله: قوله: «قتل» يشمل ما إذا قتله مباشرة أو بسببه. وقوله: «العمد» لأن الخطأ لا يمنع الميراث خلافاً للشافعي وأبي حنيفة. وقوله: «العدوان» يخرج به الإمام يقتل مورثه في حد أو قصاص وبهذا نحا القاضي أبو الحسن. **(وإن أتى بشبهة)** المنصوص في الأب يقتل ابنه عمداً أن القصاص يسقط للشبهة. قال في المدونة: ولا يرث الأب في هذا من مال الولد ولا من ديته. قال اللخمي: لا ميراث لأب ولا أم من الدية المغلظة إذا وجبت من جنايتها. وانظر الصغير أو المجنون يقتل مورثه عمداً فذهب مالك إلى أنه لا ميراث لأحدهما من مال ولا من دية. وانظر لو جرح امرأة ثم تزوجها ثم ماتت. هل يرثها كما لو جرح أخ أخاً وللمجروح ابن فمات الابن ثم المجروح.

وَلاَ مُخَالِفٌ فِي دَينٍ كَمُسْلِمٍ مَعَ مُرْتَدٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَكَيَهُودِيٍّ مَعَ نَصْرَانِيٍّ، وَسِوَاهُمَا مِلَّةٌ وَحُكِمَ بَيْنَ الْكُفَّارِ بِحُكْمِ المُسْلِمِ، إِنْ لَمْ يَأْبَ بَعْضٌ، إِلاَّ أَنْ يُسْلِمَ بَعْضٌ فَكَذَلِكَ، إِنْ لَمْ يَكُونُوا كِتَابِيِّينَ، وَإِلاَّ فَبِحُكْمِهِمْ، وَلاَ مَنْ جُهِلَ تَأَخُّرُ مَوْتِهِ،

ظاهر والله أعلم. ص: **(ولا من جهل تأخر موته)** ش: فرع من أنفذت مقاتله ومات له قريب، حكى ابن رشد في رسم سماع ابن القاسم من كتاب الديات الخلاف في ذلك. وذكر ابن

(كمخطىء من الدية) قال الراجز:

وقاتل العمد لا ميراث له ... لا من جميع ما عليه اشتملت

تركة أو دية إن قبلت ... وكل من قتل موروثاً خطأ

فإرثه من ماله إن سقطا ... ولم يقل في الدية إن شاء

ويرثان معاً الولاء. انظر قوله: «ويرثان الولاء» قال سحنون: لا يرث الولاء قاتل العمد. **(ولا مخالف في دين)** قال الراجز:

أجل ولا ميراث بين ملتين ... وإن يكن هذا وهذا كافرين

(كمسلم مع مرتد أو غيره) قال الراجز:

فليس بين كافر ومسلم ... إرث سوى بالرق فافهم تعلم

وكل مرتد فما من مطمع ... له ولا لوراثه فاسمع

قال ابن أبي زيد: ما يتركه العبد المرتد والكافر فلسيده، وكذلك من فيه بقية رق لأنه يستحقه بالرق ولا بالتوارث. ومن المدونة: من ورث عبده النصراني ثمن خمر أو خنزير فلا بأس به. **(وكيهودي مع نصراني وسواهما ملة وحكم بين الكافر بحكم المسلمين إن لم يأب بعض إلا أن يسلم بعضهم فكذلك إن لم يكونوا وإلا فبحكمهم)** ابن شاس: لو تحاكم إلينا ورثة الكفار، فإن تراضوا بحكمنا قسمنا بينهم بحكم الإسلام، وإن أبى بعضهم فإن كانوا بأجمعهم كفاراً لم يتعرض لهم، فإن كانوا منهم من أسلم قسمنا بينهم في رواية ابن القاسم على مواريثهم إن كانوا كتابيين، وعلى قسم الإسلام إن كانوا من غير أهل الكتاب. قال: ولا يثبت التوارث بين اليهود والنصارى ولا بين ملة وأهل ملة أخرى أصلاً. وإن تحاكموا إلينا. ومن المدونة قيل لمالك: إن مات نصراني وورثه نصراني فأسلموا قبل أن يقسم ماله، علام يقسمون على ورثة الإسلام؟ قال: بل على ورثة النصارى التي وجبت لهم يوم مات صاحبهم. قال ابن القاسم: إنما يقسم على قسم الإسلام إن كان الموروث مجوسياً ليس بذي ذمة **(ولا من جهل تأخر موته)** قال الراجز:

وكل ميتين شك من سبق ... كميتين تحت هدم أو غرق

فلا تورث أحد من آخر ... إن لم تحقق أولاً من آخر

وإرث كل واحد لمن بقي ... من وارثه فاستمع توفق

وَوُقِفَ الْقَسْمُ لِلْحَمْلِ، وَمَالُ الْمَفْقُودِ لِلْحُكْمِ بِمَوْتِهِ، وَإِنْ مَاتَ مُوَرِّثُهُ قُدِّرَ حَيًّا وَمَيِّتاً، وَوُقِفَ الْمَشْكُوكُ فِيهِ فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةُ التَّعْمِيرِ فَكَالْمَجْهُولِ. فَذَاتُ زَوْجٍ، وَأُمٍّ، وَأُخْتٍ، وَأَبٍ مَفْقُودٍ، فَعَلَى حَيَاتِهِ مِنْ سِتَّةٍ، وَمَوْتِهِ كَذَلِكَ، وَتَعُولُ لِثَمَانِيَةٍ، وَتَضْرِبُ الْوَفْقَ فِي الْكُلِّ بِأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ، لِلزَّوْجِ. تِسعَةٌ، وَلِلأُمِّ أَرْبَعَةٌ، وَوُقِفَ البَاقِي. فَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ حَيٌّ فَلِلزَّوْجِ ثَلاثَةٌ، وَلِلأَبِ ثَمَانِيَةٌ؛ أَوْ مَوْتَهُ أَوْ مُضِيُّ مُدَّةِ التَّعْمِيرِ فَلِلأُخْتِ تِسعَةٌ، وَلِلأُمِّ: اثْنَانِ،

ناجي في شرح الرسالة عن ابن يونس أنه صوب قول من قال: إنه لا يرث انتهى. ص:

(**ووقف القسم للحمل**) من الزاهي: من هلك عن زوج حامل لم تنفذ وصاياه ولا تأخذ زوجته أدنى سهميها حتى تضع. وذكر اللخمي في هذه المسألة خمسة أقوال. (**ومال المفقود للحكم بموته**) من المدونة: لا يقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتي عليه من الزمن مالاً يحيا إلى مثله، فيقسم بين ورثته حينئذ لا يوم فقد، وإن مات له ولد وقف ميراثه منه إن أتى أخذه وإن موت بالتعمير وذلك إلى ورثة الابن يوم مات ولا إرث الأب بالشك. (**ووقف المشكوك فيه فإن مضت مدة التعمير فكالمجهول**) ابن الحاجب: وقف المشكوك فيه فإن مضت مدة التعمير ولم يستبن فكالموتى. (**كذات زوج وأم وأخت وأب مفقود فعلى حياته من ستة وموته كذلك وتعول لثمانية وتضرب الوفق في الكامل بأربعة وعشرين للزوج تسعة وللأم أربعة ووقف الباقي فإن ظهر أنه حي فللزوج ثلاثة وللأب ثمانية أو موته أو مضي التعمير فللأخت تسعة وللأم اثنان**) ابن شاس: لو تركت زوجها وأمها وأختاً وأباً مفقوداً والفريضة على أن المفقود حي من ستة، للزوج ثلاثة وللأم ثلث ما بقي سهم. وللأب سهمان. والفريضة على أن المفقود ميت من ستة أيضاً للزوج النصف. ثلاثة وللأخت ثلاثة ويعال للأم بالثلث فتضرب بثمانية. والفريضتان تتفقان بالنصف فتضرب إحداهما في كامل الأخرى بأربعة وعشرين ثم تقول: للزوج لك يقيناً بلا شك ثم ذكر تمام العمل بعبارة طويلة. وقال ابن عرفة في المسألة المذكورة: وجه العمل فيها أن ترد فريضة لغو المفقود وفريضة حضوره لعدد واحد إن تداخلا، فإن تداخلت اعتبرت أكبرها ثم تقسم ما ردت إليه أو كبارهما على الفريضتين ويعطى الوارثون على تقدير لغوه وحضوره أقل ما يجب لكل واحد منهم في القسم على الفريضتين من سقط في إحداهما لم يعط شيئاً ووقف مما فضل عما ذكر إعطاؤه، فإن تحققت حياة المفقود وبعد موت الموروث عنه أمضى قسم فريضة حضوره وإن تحقق موته قبل موت الموروث عنه أو موت بالتعمير أمضى قسم لغوه ودفع الموقوف لمستحقه في الفريضة الممضاة، ولنذكر كلام ابن شاس لأجل خليل قال: فتقول للزوج لك بلا شك يقيناً ثلاثة من ثمانية مضروب في ثلاثة نصف الفريضة الأخرى، وإنما يكون لك ثلاثة من ستة بصحة حياة الأب ولا يعلم ذلك، ويقال للأخت لا ميراث لك من أختك إلا بصحة موت أبيك قبل أختك، ولا نعلم ذلك فليس لك ميراث بالشك. ويقال للأم لك من ابنتك السدس يقيناً سهم من ستة مضروب في أربعة نصف فريضة ثمانية وإنما يكون لك الثلث بالعول بصحة موت زوجك قبل ابنتك ولا يعلم ذلك فليس لك بالشك شيء، ويبقى من الفريضة إحدى عشر سهماً موقوفة ليس يعلم لمن

وَلِلخُنثَى المُشْكِلِ: نِصْفُ نَصِيبَيْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى،

(وللخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى) ش: تقدم أن من موانع الإرث الشك وهو أقسام: الأول في تأخر موت أحدهما عن الآخر. الثاني في الوجود. والكلام على الخُنثى من وجوه: الأول في ضبطه وهو بضم الخاء المعجمة وسكون النون وبالثاء المثلثة وبعدها ألف تأنيث مقصورة، والضمائر الراجعة إلى الخنثى مذكرة وإن بانت أنوثته لأن مدلوله شخص صفته كذا وكذا. وجمعه خناثى وخناث. الثاني في اشتقاقه وهو مأخوذ من قولهم خنث الطعام إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود الثالث في بيان معناه. قال في الصحاح: الخنثى الذي له ما للرجال والنساء جميعاً انتهى. وقال الفقهاء: هو من له ذكر الرجال وفرج النساء وهذا هو الأشهر فيه. وقيل: إنه يوجد منه نوع آخر ليس له واحد منهما وإنما له ثقب بين فخذيه يبول منه لا يشبه واحداً من الفرجين. الرابع في أقسامه. والخنثى على قسمين: مشكل وواضح. فأما من ليس له واحد من فرجي الرجال والنساء فقال الشافعية: هو مشكل أبداً. وأما على مذهبنا فيمكن أن يكون واضحاً بأن تنبت له لحية أو ثدي، وأما من له الآلتان فإن ظهرت فيه علامات الرجال حكم بذكوريته، وإن ظهرت فيه علامات النساء حكم بأنوثته، ويسمى من ظهرت فيه إحدى العلامتين واضحاً وإن وجدت فيه العلامات واستوت فيه فهو مشكل. فتحصل من هذا أن المشكل نوعان: نوع له الآلتان واستوت فيه العلامات، ونوع ليس له واحدة من الآلتين وإنما

هي يقيناً، فإن صح الأب كان حياً يوم موت ابنته قيل للزوج لك يقيناً ثلاثة من ستة مضروبة في أربعة باثني عشر في يدك سبعة الباقي لك ثلاثة فتدفع إليه من الموقوف، ويقال للأم لك سهم من ستة مضروب في أربعة في يدك جميع حقك وللأب سهمان من ستة في أربعة بثمانية فتدفع إليه الثمانية التي بقيت من الموقوف. وإن ثبت أن الأب مات قبل ابنته أو لم يعلم له موت فموت بالتعمير. فالحكم في ذلك سواء، فيقال للزوج لك يقيناً ثلاثة من ثمانية في ثلاثة بتسعة ففي يدك جميع حقك، ويقال للأخت لك ثلاثة من ثمانية في ثلاثة بتسعة فتدفع لها التسعة الباقية. ويقال للأم لك اثنان من ثمانية في ثلاثة بستة في يدك أربعة فتدفع إليها السهمان من أحد عشر الموقوفة. **(وللخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى)** ابن الشاط: إن كان الخنثى من نصف يرث منه الذكر كالأنثى فله ما لغير المشكل. ابن علاق: مثل أن يكون أخاً لأم وأخاً شقيقاً في المشتركة. ابن الشاط: وإن كان من صنف يرث منه الذكر دون الأنثى فله نصف ميراث الذكر. ابن علاق: مثل أن يكون ابن أخي الميت وابن عمه. ابن الشاط: وإن كان من صنف يرث منه الذكر نصف ميراث الأنثى فالنصف مجموع ميراثها. ابن علاق: هذا الحال الثالث للخنثى أن يكون من صنف يرث فيه الذكر مثل ما ترث فيه الأنثى فذكر أنه يرث نصف مجموع ميراثهما وهي معنى قولهم: يرث نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى. مثال من ذلك لو ترك الميت أخاً خنثى فميراث الخنثى خمسة من اثني عشر، ويرث الذكر سبعة من الاثني عشر وذلك على أنه ذكر يرث ستة من الاثني عشر، وعلى أنه أنثى يرث أربعة من الاثني عشر،

له ثقب كما تقدم. الخامس في وجود الخنثى. أما الواضح فموجود بلا خلاف. واختلف في وجود الخنثى المشكل فالجمهور على إمكان وجوده ووقوعه، وعلى ذلك بنى أهل الفرائض والفقهاء مسائل هذا الباب، وذهب الحسن البصري من التابعين والقاضي إسماعيل من المالكية إلى أنه لا يوجد خنثى مشكل. قال الحسن: لم يكن الله عز وجل يضيق على عبد من عبيده حتى لا يدري أذكر هو أم أنثى. وقال القاضي إسماعيل: لا بد له من علامة تزيل إشكاله. السادس في أن الخنثى المشكل خلق ثالث مغاير للذكر والأنثى أو هو أحدهما لكن أشكل علينا، واستدل على ذلك بقوله: ﴿وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى﴾ [النجم: ٤٥] فلو كان هناك خلق ثالث لذكره لأن الآية سيقت للامتنان. قال العقباني: ولقائل أن يقول: إن الآية إنما سيقت للرد على الزاعمين أن لله تعالى ولداً، فمنهم من زعم أن له ولداً ذكراً، ومنهم من زعم أن له بنات، فرد الله عليهم بأنه خلق النوعين فكيف يكون له منهما ولد وهو الخالق لهما؟ ولم يزعم أحد أن له ولداً خنثى فلم يحتج في الرد عليهم إلى ذكر الخنثى. واستدل أيضاً بقوله: ﴿وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء﴾ [النساء: ١] وبقوله: ﴿يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور﴾ [الشورى: ٤٩] قالوا: فلو كان هناك خلق ثالث لذكره انتهى. والجواب الواضح هو ما يأتي في السابع من أن الجمهور على أن الخنثى من أحد الصنفين ولكن خفيت علينا علامته فتأمله. وخرج العقباني في شرح الحوفي من القول بأنه لا ميراث له إنه صنف ثالث قال: إذ لو كان لا يخلو عن أن يكون ذكراً أو أنثى لما حرمه الميراث، ولو لم يكن إلا أقل الميراثين لأنه مقطوع باستحقاقه غير أن هذا القول نقل ابن حزم الإجماع على خلافه وظاهر كلام الأئمة أنه ليس خلقاً ثالثاً انتهى.

السابع: في ذكر أول من حكم فيه في الجاهلية والإسلام. قال عبد الحق في تهذيب الطالب عن بعض شيوخه في النكاح الثاني منه ونقله ابن عرفة: إن أول من حكم فيه عامر بن الظرب في الجاهلية نزلت به قضيته فسهر ليلته فقالت له خادمه سخيلة راعية غنمه: ما أسهرك يا سيدي؟ قال: لا تسألي عما لا علم لك به، ليس هذا من رعي الغنم. فذهبت ثم عادت أو عادت السؤال فأعاد جوابه فراجعته وقالت: لعل عندي مخرجاً فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى فقالت: أتبع الحكم المبال ففرح وزال غمه . زاد المتيطي: وكان الحكم إليه في الجاهلية فاحتكموا إليه في ميراث خنثى فلما أخبرته بذلك حكم به. الجوهري: والظرب بالظاء المعجمة وكسر الراء واحد الظراب وهي الروابض الصغار منه عامر بن الظرب العدواني أحد فرسان العرب وعبد الحق وغيره، ثم حكم به في الإسلام علي بن أبي طالب رضي الله عنه. انتهى باختصار. ابن عرفة: ويريد بما ذكر عن الجوهري أن الظرب بالظاء لا بالضاد كما يقوله ويكتبه كثير من الناس. وقوله: «أحد فرسان العرب» كذا في بعض نسخ الصحاح، وفي بعض النسخ الصحيحة المقروءة على أئمة اللغة «أحد حكام العرب» ولفظ عبد الحق في التهذيب بعد ذكر

....

قصة عامر ثم حكم فيه علي بن أبي طالب في الإسلام بهذا الحكم بأن جعل الحكم للمبال وهو أول من حكم بها في الإسلام انتهى. وقال في التنبيهات: كان عامر حاكم العرب فأتوه في ميراث خنثى فأقاموا عنده أربعين يوماً وهو يذبح لهم كل يوم، وكانت له أمة يقال لها سخيلة فقالت: إن مقام هؤلاء أسرع في غنمك فقال: ويحك لم تشكل عليّ حكومة قط غير هذه فقالت له: أتبع الحكم المبال. قال: فرجتها يا سخيلة فصارت مثلاً. قال الأذرعي: وفي ذلك عبرة ومزدجر لجهلة قضاة الزمان ومفتييه فإن هذا مشرك توقف في حكم حادثة أربعين يوماً ولا قوة إلا بالله. انتهى من شرح شيخنا زكرياء للفصول.

قلت: وفيه عبرة من جهة أخرى وهي أن الحكمة قد يخلقها العلي ويجريها على لسان من لا يظن به معرفتها، وأنه وإن عجز عن إدراكها أصحاب الفطنة والعقول المستعدة لذلك فقد يجريها الله على لسان من لم يستعد لها والله الموفق. وذكر ابن إسحاق القصة في السيرة قبل الكلام على استيلاء قصي على أمر مكة فقال: أمر عامر بن الظرب بن عمر بن شكير بن عدوان العدواني كانت العرب لا يكون بينها نائرة ولا عضلة في قضاء إلا أسندوا ذلك إليه، ثم رضوا بما قضى فيه فاختصموا إليه في خنثى له ما للرجل وما للمرأة فقال: حتى أنظر في أمركم، فوالله ما نزل بي مثل هذه منكم يا معشر العرب. فبات ليلته ساهراً يقلب في أمره وينظر في شأنه لا يتوجه له فيه وجه، وكانت له جارية يقال لها سخيلة ترعى عليه غنمه فكان يعاتبها إذا سرحت فيقول: أصبحت والله يا سخيل، وإذا أراحت عليه قال أمسيت والله يا سخيل، وذلك أنها كانت تؤخر حتى يسبقها بعض الناس وتؤخر الإراحة حتى يسبقها بعض الناس، فلما رأت سهره وقلة قراره على فراشه قالت له: ما لك لا أبا لك ما عراك في ليلتك هذه؟ فقال: ويلك دعيني أمر ليس من شأنك. ثم عادت له بمثل قولها فقال في نفسه: عسى أن تأتي بفرج. فقال: ويحك اختصم إلي في ميراث خنثى فوالله ما أدري ما أصنع. فقالت: سبحان الله لا أبالك اتبع القضاء المبال. أقعده فإن بال من حيث يبول الرجل فرجل، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة. فقال: أمسي سخيل بعدها أو صبحي فرجتها والله. ثم خرج على الناس حين أصبح فقضى بالذي أشارت عليه انتهى. قال أبو القاسم السهيلي المالكي في الروض الآنف: وذكر يعني ابن إسحاق عامر بن الظرب وحكمه في الخنثى وما أفتت به جاريته سخيلة وهو حكم معمول به في الشرع وهو من باب الاستدلال بالأمارات والعلامات وله أصل في الشريعة قال الله تعالى: ﴿وجاؤوا على قميصه بدم كذب﴾ [يوسف: ١٨] وجه الدلالة أن القميص المدمى لم يكن فيه خرق ولا أثر أنياب ذئب وكذا قوله: ﴿إن كان قميصه قد من قبل﴾ [يوسف: ٢٦] والله أعلم.

الثامن: في ميراثه اختلف العلماء في ذلك على أحد عشر قولاً.

....

الأول: وهو المشهور أنه يجب له نصف الميراثين على طريقة ذكر الأحوال أو ما يساويها من الأعمال على أن يضعف لكل مشكل بعدد أحوال من معه من المشكلين.

الثاني: لابن حبيب إن كان وارث من الخنثى وغيره يضرب في المال بأكثر مما يستحق فيقتسمونه على طريقة عول الفرائض، فإذا كان ولدان ذكر وخنثى ضرب الذكر بالثلثين لأنه أكثر ما يدعي، وضرب الخنثى بالنصف لأنه أكثر ما يدعي.

الثالث: لابن حبيب أيضاً أنه يأخذ ثلاثة أرباع المال فأقل، فإن كان معه غيره ممن ليس بمشكل فإنه يضرب بثلاثة أرباع ما يضرب به الذكر، فإن كان وحده ليس معه إلا من يحجبه لو كان ذكراً أخذ ثلاثة أرباع المال وأخذ العاصب الربع، وإن كان معه ابن ضرب الخنثى بثلاثة أرباع النصف إذ النصف أكثر ميراثه، فإنه كان معه اثنان ضرب بثلاثة أرباع الثلث، وإن كان معه بنت ضرب بثلاثة أرباع الثلثين.

الرابع: ما يُحكي عن مالك أنه قال: هو ذكر زاده الله فرجاً تغليباً لجانب الذكورية قال: وقد غلب جانب الذكورية مع الانفصال يعني في الخطاب لو كان المخاطب رجلاً واحداً وألف امرأة لخوطب الجميع خطاب الذكور، فكيف وهو هنا متصلا! والصحيح أنه لم يصح عن مالك فيه شيء، قال الحوفي: قال ابن القاسم: لم يكن أحد يجتري أن يسأل مالكاً عن الخنثى المشكل. قال العقباني: انظر ما الذي هابوه من سؤال مالك عن الخنثى انتهى. ولفظ المدونة: ما اجترأت على سؤال مالك عنه انتهى.

الخامس: كالمشهور في غير مسائل العول، وأما مسائل العول فينظركم التقادير في المسألة، وكم تقادير العول فيها، ويؤخذ بتلك النسبة من العول فيجعل عول المسألة مثال ذلك عول الغراء ثلاثة. فلو فرضنا الأخت فيها خنثى فإنما يحصل العول في حالة التأنيث فقط، فللعول تعديل واحد ونسبته إلى حال الخنثى النصف، فيؤخذ نصف العول ويجعل ذلك عول المسألة فتكون مسألة التأنيث فيها عائلة إلى سبعة ونصف. وسيأتي كيفية حسابه مثاله الغراء المتقدمة زوج وأم وجد وأخت خنثى، مشكل فتقدير الذكورة المسألة من ستة بلا عول ويسقط الأخ، وبتقدير الأنوثة المسألة من ستة وتعول لتسعة، وتصح من سبعة وعشرين والستة والسبعة والعشرون متوافقان بالثالث فتضرب اثنين في سبعة وعشرين فتصح المسألتان من أربعة وخمسين، فتضربها في حالي الخنثى تبلغ مائة وثمانية. فعلى تقدير التذكير للزوج النصف أربعة وخمسون، وللأم الثلث ستة وثلاثون، وللجد السدس ثمانية عشر. وعلى التأنيث للزوج ستة وثلاثون، وللأم أربعة وعشرون، وللجد اثنان وثلاثون، وللخنثى ستة عشر، فيجتمع للزوج تسعون له نصفها، وللأم ستون لها نصفها، وللجد خمسون له

....

نصفها، وللخنثى ستة عشر له نصفها، وعلى هذا القول تعول مسألة التذكير من ستة. ومسألة التأنيث من سبعة ونصف لأن العول ثلاثة يؤخذ نصفها وذلك نسبة حالة العول إلى حالتي المسألة.

السادس: مثل الخامس إلا أنه يقول في الغراء إنما يضم الجد إلى سهام الأخت نصف سهامه لأنه يقول: إنما أضم جملة سهامي إلى جملة سهامك وأنت لم تستوف جملة سهامك.

السابع: إن المال يقسم على أقل ما يدعيه كل واحد إلا أنه مختص بما إذا لم يؤد إلى سقوط أحد من الطالبين.

الثامن: مذهب الشافعي أنه يعطى كل واحد من الورثة الخنثى وغيره أقل ما يستحقه، ومن سقط في بعض التقادير لم يعط شيئاً ويوقف في المشكوك قيه كما في المفقود حتى يتبين أمره أو يصطلحوا على شيء.

التاسع: مذهب أبي حنيفة أنه يعطي الخنثى أقل ما يجب له ويعطى غيره أكثر ما يجب له ولا إيقاف.

العاشر: مثل الأول إلا أن الأحوال لا تتعدد بتعدد المشكلين بل يقتصر على حالين فقط وهو قول الثوري وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، وعن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة وعن محمد مثل القول الأول.

الحادي عشر: أنه لا شيء له وأنه لا يرث شيئاً. وهذا القول نقله الغزالي وحكى ابن حزم الإجماع على خلافه والله أعلم.

التاسع: من أوجه الكلام على الخنثى هل هذا الميراث المجعول له ميراثاً ثالثاً مشروع مغاير لميراث الذكر والأنثى أم لا ميراث في الشرع سوى أحد الميراثين، لكن لما تعذر علينا معرفة حاله توسطنا في ذلك. قال العقباني: هذا ينبني أنه خلق ثالث وليس هو أحد النوعين، وقد تقدم أن جماهيرهم على أنه ليس خلقاً ثالثاً فليس له ميراث ثالث، وبهذا يعلم الجواب عما اعترض به بعضهم على الفرضيين بأنهم بينوا في أول كتبهم مقادير المواريث من فرض أو تعصيب للذكور والإناث ولم يبينوا مقدار ميراث الخنثى إلا في آخر كتبهم. والجواب: أنه ليس له ميراث ثالث فيبين.

العاشر: في السبب الذي يتصور أن يرث به الخنثى، فإن أسباب الإرث ثلاثة: نسب ونكاح وولاء. فأما ميراثه بالنسب فسيأتي في الأولاد وأولاد الولد والإخوة والعصبات ولا يتأتى في الآباء والأمهات لمنع نكاحه. قال في المقدمات: ولا يكون الخنثى المشكل زوجاً لا زوجة ولا أباً ولا أماً. وقد قيل: إنه قد وجد من ولد له من بطنه وظهره، فإن صح ذلك ورث من

ابنه لصلبه ميراث الأب كاملاً، ومن ابنه لبطنه ميراث الأم كاملاً وهو بعيد انتهى. غير أن الإخوة إن كانت من الأم فلا يتأتى فيها اختلاف في التقدير لأن ميراث الإخوة لأم لا يختلف بالذكورية والأنوثة، وكذلك الأخوات مع البنات فإنهن عصبات، وسيأتي في أثناء شرح قول المصنف: «فإن بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق مزيد» بيان فيما إذا ولد للخنثى من ظهره وبطنه. وأما ميراثه بالنكاح فلا يتأتى إلا عند من يجيز نكاحه، وسيأتي الكلام على حكم نكاحه في الوجه الرابع عشر. وإذا ورث به فلا يتغير ميراثه. وأما ميراثه بالولاء فيرث من الولاء ما يرثه النساء، ولا يختلف ميراثه في ذلك بالذكورة والأنوثة. قال العقباني: قالوا: ولا يرث غير ذلك لأن الولاء إنما يورث بالتعصيب المستكمل ولا يستكمل الخنثى تعصيباً. قال: قلت: ويلزم أن لا يرث بالبنوة لأن الولد إذا كان وحده لا يرث إلا استكمالاً أو نصفاً وهكذا نقول في كل مسألة، وفي هذا البحث نشأ القول الذي ذكره الغزالي وهو أن الخنثى لا يرث.

فرع: قال العقباني: وانظر لو كان لإنسان عم خنثى فولد من ظهره ذكراً ثم مات الخنثى ثم ابن أخيه، فهل يرث منه ابن الخنثى جميع المال لأنه ابن عم أم لا يرث أكثر مما كان يرث أبوه الذي يدلي به، أو يقال إن أباه لما ولد من ظهره تعين للذكورة فزال عنه الإشكال اللهم إلا أن يكون له ولد أيضاً من بطنه انتهى. وذكر ابن عرفة واللخمي والمتيطي الكلام على الخنثى في كتاب النكاح فاعلمه والله أعلم.

الحادي عشر: في كيفية العمل في مسائل الخنثى ولنذكر هنا كلام المصنف. قال رحمه الله: وللخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى يعني أن الخنثى إذا كان واضحاً فميراثه كميراث الصنف الذي التحق به، وإن كان مشكلاً فله نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى. ثم ذكر كيفية العمل في ذلك فقال: تصحح المسألة على التقديرات يعني أنه إن كان في المسألة خنثى واحد فتصحح المسألة على تقدير أنه ذكر، ثم تصححها على تقدير أنه أنثى، وليس في هذا إلا تقديران. وإن كان فيها خنثيان فتصحيحها على تقدير كونهما ذكرين، وعلى تقدير كونهما أنثيين، وعلى تقدير كون أحدهما ذكر والآخر أنثى، وعلى عكسه فتجيء أربع تقديرات، ولا يلزم أن الثالث والرابع سواء بل قد يكون كذلك. وقد يختلف كما لو كان أحدهما أخاً والآخر ابناً. وإن كان في المسألة ثلاثة خناثى فيأتي فيها ثمان تقديرات، وإن كانوا أربعة فستة عشر تقديراً، وهكذا فتصحح على كل تقدير مسألته. قال المصنف: ثم تضرب الوفق أو الكل يعني ثم تضرب وفق أحدهما في الآخر إن توافقا، أو تضرب أحدهما في الآخر إن تباينا، وسكت عن التماثل والتداخل لوضوح ذلك. والمعنى أنك تحصل أقل عدد ينقسم على كل من المسائل المذكورة، وقد علمت أن في ذلك طريقين، أسهلهما أن تنظر بين اثنين منهما فتكتفي بأحدهما إن تماثلا وبأكثرهما إن تداخلا،

تُصَحَّحُ الْمَسْأَلَةَ عَلَى التَّقْدِيرَاتِ، ثُمَّ تَضْرِبُ الوَفْقَ، أَوْ الكَلَّ، ثُمَّ فِي حَالَتِي الْخُنْثَى تَأْخُذُ مِنْ كُلِّ نَصِيبٍ مِنَ الاثْنَيْنِ: النِّصْفَ، وَأَرْبَعَةِ الرُّبُعَ، فَمَا اجْتَمَعَ: فَنَصِيبُ كُلٍّ: كَذَكَرٍ، وَخُنْثَى، فَالتَّذْكِيرُ مِنَ اثْنَيْنِ، وَالتَّأْنِيثُ مِنْ ثَلاثَةٍ، تَضْرِبُ الاثْنَيْنِ فِيهَا، ثُمَّ فِي حَالَتِي الْخُنْثَى لَهُ فِي الذُّكُورَةِ: سِتَّةٌ، وَفِي الأُنُوثَةِ أَرْبَعَةٌ، فَنِصْفُهَا خَمْسَةٌ وَكَذَلِكَ غَيْرُهُ،

وبالحاصل من ضرب وفق أحدهما في الآخر إن توافقا، أو ضرب كله في كل الآخر إن تباينا، ثم تنظر بين الحاصل والثالث وهكذا ثم قال: ثم في حالي الخنثى يعني إذا حصلت أقل عدد ينقسم على مسألة الخنثى أو على مسائله فاضرب ذلك العدد في حالتي الخنثى، يريد إذا كان واحداً، وإن كان اثنين ففي أحوالهما وذلك أربعة، وإن كانوا ثلاثة ففي أحوالهم وذلك ثمانية، ثم تقسم العدد الحاصل على كل مسألة من مسائل الخنثى والخناثى ويجمع لكل وارث ما يخرج له في كل قسمة، فما اجتمع بيد كل وارث من المسائل كلها أخذت منه جزءاً بنسبة الواحد إلى حالة الخنثى أو الخناثى، فإن كان الخنثى واحداً فليس إلا حالان ونسبة الواحد إليهما النصف فيأخذ نصف ما اجتمع لكل واحد من الورثة، وإن كان الخنثى اثنين فالأحوال أربعة ونسبة الواحد إليها ربع فيأخذ لكل وارث ربع ما اجتمع له، وإن كان الخنثى ثلاثة فالأحوال ثمانية ونسبة الواحد إليها الثمن فيعطى لكل واحد ثمن ما اجتمع له، وهذا معنى قول. ص: **(وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف)** ش: فقوله: «من الاثنين» بدل من قوله: «من كل نصيب» ونصيب مجرور بإضافة «كل» إليه، وفي الكلام حذف يبينه ما بعده تقديره: كل من كل نصيب بنسبة الواحد إلى عدد أحوال الخنثى فمن الاثنين النصف وهكذا والله أعلم. فيحتمل أن يريد المصنف بقوله: «فيأخذ من كل نصيب إلى آخره» ما ذكرنا، ويحتمل أن يريد أنه إذا قسمت العدد الحاصل من ضرب الجامعة في

ومجموع الميراثين عشرة فيعطي نصفها خمسة. انظر قولهم خمسة مع قولهم أن له ثلاثة أرباع أخيه وثلاثة أرباع السبعة خمسة وربع. فنقص الخنثى من فريضته ربع. قال بعضهم: وهذا غلط من الفراض لأن هذه المسألة من باب التداعي والقسم بالتحاص فلا تدخل تحت قياس عمل الفرائض البسيطة. وانظركم تكون ديته وعقله. قال الأستاذ أبو بكر: يجب أن يكونا كميراثه. وقال ابن حبيب: لا يجوز للخنثى أن يتزوج قال: ويعطى من الغنمية نصف سهم لا ربع سهم وحكمه في الشهادة حكم المرأة. **(تصحح المسألة على التقديرين ثم تضرب الوفق أو الكل في حالتي الخنثى وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف وأربعة الربع وما اجتمع فنصيب كل ذكر وخنثى فالتذكير من اثنين والتأنيث من ثلاثة فتضرب اثنين في الثلاثة ثم في حالى الخنثى له في الذكورة ستة والأنوثة أربعة فنصفها خمسة وكذلك غيره)** ابن الحاجب: تصحيح الأسئلة على التقديرات ثم اضرب الوفق أو الكل إن تباينت. زاد ابن شاس: وجه العمل أن يؤخذ مخرج التذكير ومخرج التأنيث ويستغنى بأحدهما عن

وَكَخُنْثَيَيْنِ، وَعَاصِبٍ. فَأَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ، تَنْتَهِي لأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ، لِكُلٍّ أَحَدَ عَشَرَ، وَلِلْعَاصِبِ اثْنَانِ،

أحوال الخنثى على كل مسألة فما خرج لكل وارث في تلك المسألة تأخذ منه بنسبة الواحد إلى أحوال الخنثى، ثم مثل رحمه الله لذلك بمثالين: أحدهما فيه خنثى واحد، والآخر فيه خنثيان، ففي المثال الأول إذا كان في المسألة ابن ذكر سوي وخنثى فتقدير كون الخنثى ذكراً تكون المسألة من اثنين، وبتقديره أنثى تكون من ثلاثة، وأقل عدد ينقسم عليهما ستة لتباينهما فتضرب الاثنين فيها أي في الثلاثة لتباينهما تحصل ستة والخنثى متحد فله حالتان فقط فتضرب الستة في اثنين يحصل اثنا عشر، تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكل واحد ستة، وعلى مسألة التأنيث يحصل للذكر السوي ثمانية وللخنثى أربعة فتجمع ما حصل لكل واحد منهما في المسألتين فيجتمع لابن البنت أربعة عشر وللخنثى عشرة ونسبة الواحد إلى أحوال الخنثى النصف لأنه ليس له في مسألتنا إلا حالتان، فيعطى لكل واحد نصف ما اجتمع له فيكون لابن البنت سبعة وللخنثى خمسة ومجموعهما اثنا عشر، وإن شئت فخذ من النسبة الخارجة من قسمة الاثني عشر على مسألة التذكير نصفها وهو ثلاثة لكل واحد من الاثنين البنت والخنثى، ومن الثمانية الحاصلة للابن السوي الخارجة من قسمة الاثني عشر على مسألة التأنيث نصفها وهو أربعة وضمه للثلاثة التي حصلت له في مسألة التذكير، يكون المجموع سبعة، وخذ نصف الأربعة الحاصلة للخنثى في مسألة التأنيث وهو اثنان وضمه للثلاثة الحاصلة له في مسألة التذكير يكون المجموع خمسة كما تقدم.

والمثال الثاني: إذا ترك الميت ولدين خنثيين وعاصباً، فلا بد من أربعة مسائل: مسألة تذكيرهما من اثنين ولا شيء للعاصب، ومسألة تأنيثهما من ثلاثة، وكذلك مسألة تذكير أحدهما وتأنيث الآخر، وعكسه. فالثلاث المسائل الأخيرة متفقة فتكتفي بأحدهما وتضربه في

الآخر إن كانا متماثلين أو متداخلين، ثم اضرب ما حصل في حالتي الخنثى أو عدد أحوال الخناثى إن زادوا على الواحد، فما انتهى إليه الضرب فمنه تكون القسمة. ثم لك طريقان: الأولى أن ينظر في المجتمع من الضرب ثم يخص الخنثى منه على تقدير الذكورية وكم يخصه منها على تقدير الأنوثية، فيضم أحدهما إلى الآخر ثم تقسمه نصفين فتعطيه نصفه، وكذلك سائر الورثة. مثال ذلك: ولدان أحدهما ذكر والآخر خنثى. فريضة التذكير من اثنين وفريضة التأنيث من ثلاثة. وهما متباينان اثنان في ثلاثة بستة، ثم في حال الخنثى باثني عشر. فعلى الطريق الأولى للخنثى على تقدير الذكورية ستة، وعلى تقدير الأنوثة أربعة. فله خمسة. وكذلك غيره وهو للذكر له على ذكورة الخنثى ستة وعلى أنوثته ثمانية فله سبعة. **(وكخنثيين وعاصب فأربعة أحوال تنتهي لأربعة وعشرين لكل أحد عشر وللعاصب اثنان)** ابن شاس: مثال آخر: ولو أن خنثيين وعاصب فللخنثى أربعة أحوال فالفريضة على أنهما ذكران من اثنين، وعلى أنهما أنثيان من ثلاثة. ابن علاق: والثالثة تعملها على أن أكبر الخنثيين

مسألة التذكير لتباينهما، يحصل ستة تضربها في أحوال الخناثى وهي أربعة يحصل أربعة وعشرون، تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكان خنثى اثنا عشر ولا شيء للعاصب. وعلى مسألة التأنيث يحصل لكل من الخنثيين والعاصب ثمانية، وعلى تقدير تذكير أحدهما وتأنيث الآخر يحصل للذكر ستة عشر وللأنثى ثمانية ولا شيء للعاصب، وكذا على تقدير عكسه فيحصل لكل واحد من الخنثيين في المسائل الأربع أربعة وأربعون وللعاصب ثمانية فقط ونسبة الواحد إلى أحوال الخناثى أربعة، فيؤخذ لكل وارث ربع ما حصل له، ولكل من الخنثيين ربع ما بيده وهو أحد عشر ربع الأربعة والأربعين وللعاصب اثنان ربع الثمانية، وإن شئت فخذ لكل واحد ربع ما يخرج له في كل مسألة واجمع ذلك يحصل أيضاً أحد عشر، لكل واحد من الخنثيين واثنان للعاصب والله أعلم. هذا أحد طرق العمل على القول المشهور. وذكر ابن عرفة في شرح الحوفي للعمل على المشهور أربع طرق، وللعمل على القول الآخر طرقاً أخرى. وقد ذكر الشارح هنا عن ابن خروف أنه اعترض على هذه الطريق وأنها خطأ، وذكر طريقاً أخرى مخالفة لما تقدم وناقشه في ذلك العقباني وقال: إنما ذكره يتفرع على القول بأن التركة تقسم على الدعاوى وهو مخالف لهذا القول وأطال في ذلك فتأمله والله أعلم.

الثاني عشر: من أوجه الكلام على الخنثى في العلامات التي يستدل بها على ذكوريته وأنوثيته وكان ينبغي تقديم هذا الوجه كما فعل غالب الفرضيين لكن تبعنا المصنف في تأخير الكلام عليه. فأول العلامات التي يستدل بها على ذلك البول. قال العقباني ففي النسائي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «يورث من حيث يبول» لكنه ضعيف السند. قال العقباني: نعم وضعيف المتن لأن الكلام في الاستدلال على توريثه لا في الإرث عنه إلا أن يكون لفظ «يورث» بفتح الواو وتشديد الراء لا بسكون الواو وتخفيف الراء فيستقيم حينئذ المتن انتهى.

قلت: والظاهر أن لفظ الحديث كذلك والله أعلم. قال في المدونة: ويحكم في الخنثى بمخرج البول في نكاحه وميراثه وشهادته وغير ذلك وما اجترأنا على سؤال مالك عنه انتهى. وقال ابن يونس: ومن المدونة قال ابن القاسم: الحكم في الخنثى بمخرج البول، فإن كان يبول من ذكره فهو رجل، وإن كان يبول من فرجه فهو جارية لأن النسل من المبال وفيه الوطء فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك، وما اجترأنا على سؤال مالك عنه انتهى. ونقل اللخمي عن ابن القاسم نحوه ثم قال: قوله: «المراعى ما يكون منه الولد» صحيح. وقوله: «أنه يخرج من مخرج البول» غير صحيح لأن مخرجه غير مخرج الحيض الذي هو مخرج الولد ومحل الوطء انتهى. ونقله ابن عرفة وقبله. وقال العقباني: عندي أنه لا تلزمه هذه المضايقة وإنما

فَإِنْ بَالَ مِنْ وَاحِدٍ، أَوْ كَانَ أَكْثَرَ، أَوْ أَسْبَقَ، أَوْ نَبَتَتْ لَهُ لِحْيَةٌ، أَوْ ثَدْيٌ، أَوْ حَصَلَ حَيْضٌ، أَوْ مَنِيٌّ، فَلاَ إِشْكَالَ.

قصد أن البول إذا خرج من الذكر دل على أن المني يخرج من الذكر، وأن الفرج الآخر لا يخرج منه مني ولا ولد، وأن البول إذا خرج من الفرج دل على أن ذلك هو محل الوطء وأنه لا يكون بالذكر، فعلى هذا يحمل كلامه انتهى. فإن بال من أحد الفرجين فقط حكم بأنه من أهل ذلك الفرج. قال العقباني: ويستدل بالبول قبل غيره لعموم الاستدلال به في الصغير والكبير ولدوام وجوده، فإن كان صغيراً لا يحرم النظر إلى عورته نظر إليه، وإن كان كبيراً فقيل ينظر في المرآة، وقيل يبول على حائط أو متوجهاً إلى حائط قريب فيستدل باندفاع البول على الحائط أو إلى الحائط على الذكورة، وبخلاف ذلك على الأنوثة. فلو بال من المحلين اعتبر الأكثر والأسبق. وأنكر الشافعي اعتبار الأكثر ورآه متعذراً وقال: أيكال البول أو يوزن؟ واختلف إذا كان أحدهما الأكثر والآخر الأسبق انتهى. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: ص: **(فإن بال من واحد وكان أكثر أو أسبق) ش:** أي فلا إشكال. وظاهر كلام المصنف وكلام العقباني تقديم اعتبار الكثرة على السبق وهو صريح كلام الجواهر الآتي، وهو خلاف ما قاله اللخمي وابن يونس وقبله أبو الحسن. قال اللخمي: قال ابن حبيب: فإن بال منهما فمن حيث سبق، فإن لم يسبق أحدهما فمن حيث يخرج الأكثر، فإن لم يكن أحدهما أسبق ولا أكثر وكانت له لحية كان على حكم الغلام، وإن لم تكن له لحية وكان له ثدي فعلى حكم المرأة، فإن لم يكونا أو كانا كان له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ولا يجوز له نكاح انتهى. وقال ابن يونس: فإن بال منهما جميعاً فمن أيهما سبق. قال أيوب: فإن خرج منهما معاً فقال أبو يوسف وبعض أصحاب أبي حنيفة: ينظر من أيهما خرج أكثر فيكون الحكم. قال شيخنا عتيق: وأنكر ذلك الشعبي وقال: أيكال البول أو يوزن

ذكر والأصغر أنثى تصح من ثلاثة، اثنان للذكر وواحد للأنثى، والرابعة تعلمها على أن الأصغر ذكر والأكبر أنثى تصح من ثلاثة أيضاً. تنظر ثم تنظر في أعداد المسائل يتحد الثلاثة فيها متماثلة فتكتفي بواحد منها وتضربها في الاثنين بستة ثم في الأحوال الأربعة بأربعة وعشرين. فعلى الطريق الأولى تقول لكل واحد من الخنثيين على تقدير انفراده بالذكورة ستة عشر، وعلى تقدير مشاركته فيها اثنا عشر، وعلى تقدير انفراده في الأنوثة ثمانية، وكذلك على تقدير مشاركته فيها. وجملة ذلك أربعة وأربع في الحالات الأربع إنما يرث بحالة واحدة فيكون له ربع الجميع وهو أحد عشر سهماً، ويبقى للعاصب سهمان لأن الحاصل له في حالة من جملة الأحوال الأربعة الثلث فله ربعه وهو سهمان من أربعة وعشرين. **(فإن بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق أو نبتت لحية أو ثدى فلا إشكال والله تعالى أعلم)** قال الطرطوشي: الخنثى هو الذي له ذكر وفرج أو لا يكونان له ولكن له ثقب يخرج منه البول. والجمهور على أنه قد يوجد الخنثى بحيث يلتبس علينا ميزه فينظر إلى مباله، فإن بال من الذكر

....

شرح الفصول عن القاضي أظنه الماوردي أنه قال: أسكت أبو حنيفة أبا يوسف في الخنثى فإنه سأل أبا حنيفة بم تحكم في الخنثى؟ فقال: بالبول. فقال: أرأيت لو كان يبول بهما؟ فقال: لا أدري. فقال أبو يوسف: لكني أدري، أحكم بأسبقهما. فقال: أرأيت لو استويا في الخروج؟ فقال: أحكم بالكثرة. فقال أبو حنيفة: أيكال أم يوزن؟ فسكت أبو يوسف انتهى. وقد صرح الشافعية بأنه يحكم بالمتأخر إذا استويا في الخروج، وأما إذا سبق أحدهما فالحكم له ولو تأخر الآخر، ولو بال من أحدهما مرة ومن الآخر أخرى أو سبق أحدهما تارة والآخر أخرى، فالعبرة بالأكثر، فإن استويا فمشكل والله أعلم. فإن لم يتبين في البول أمر أمهل إلى البلوغ فإن أمنى من أحد الفرجين فواضح، أو حصل حيض أو حمل أو نبتت له لحية أو ثدي حكم له بما يقتضيه. قال العقباني: ولا شك أن أقوى ذلك الولادة، فإن حصل ولادة من البطن قطع بالأنوثة، أو من الظهر قطع بالذكورة إلا أنها لا يكاد يقطع بها. وقيل: إنها نزلت بعلي رضي الله عنه وهي أن رجلاً تزوج بابنة عمه وكانت خنثى فوقعت على جارية لها فأحبلتها فقال له علي: هل أصبتها بعد إخبال الجارية؟ قال: نعم. قال علي: إنك لأجرأ من خاصي الأسد فأمر علي بعد أضلاع الخنثى فإذا هو رجل فزياه بزي الرجال. وانظر لو وقع مثل هذا فإن وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عندي أن الحكم لولادة البطن لأنها قطعية. وقد رُوي عن قاسم بن أصبغ أنه رأى بالعراق خنثى ولد له من صلبه وبطنه. قال العقباني: وانظر أي نسب بين المولودين وهل بينهما توارث؟ والظاهر لا نسب بينهما ولا ميراث. وفي جواز النكاح بينهما إن كان ذكراً أو أنثى نظر انتهى.

قلت: ما ذكره من أنه إذا وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عنده أن الحكم لولادة البطن، فكأنه لم يطلع على كلام المقدمات المتقدم ذكره في الوجه العاشر من أنه يرث من ابنه لصلبه ميراث الأب كاملاً ومن ابنه لبطنه ميراث الأم كاملاً، وأما ما ذكره من الحكم بين المولودين فقال في التوضيح: قال أبو عبد الله بن قاسم: ورأيت لمالك في بعض التعاليق أن مثل هذين لا يتوارثان لأنهما لم يجتمعا في ظهر ولا بطن فليسا أخوين لأب ولا أم انتهى.

فهو ذكر، وإن بال من الفرج فهو أنثى، فإن بال منهما جميعاً نظر إلى أيهما أكثر فله الحكم وهل يكال أو يوزن فإن تكافأت أموره فهو مشكل في حال الصغر، ثم ينظر في كبره وبلوغه فإن نبتت له ولم ينبت له ثدي فهو رجل لأن اللحية علامة الذكر، وإن لم ينبت له لحية وخرج ثدي فهو امرأة، فإن لم ينبتا أو نبتا جميعاً نظر؛ فإن حاضت من فرجها فهي امرأة، وإن احتلم من ذكره فهو ذكر، فإن احتلم وحاض أو لم يكن من ذلك شي فهو مشكل. وثم قول شاذ أنه ينظر إلى أعداد أضلاعه. انتهى بحمد الله تعالى وتوفيقه الجميل، وآخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

قلت: وأطلق الفاكهاني عليهما لفظ الإخوة ونظر فيما إذا ملك أحدهما الآخر هل يعتق عليه أم لا؟ ونصه في شرح قول الرسالة ومن مالك: أبويه الخنثى المشكل إذا ولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه، فهل يعتق عليه؟ لم أر فيه نقلاً فلينظر انتهى. فعلى ما تقدم من أنه لا نسب بينهما ولا توارث ولا إخوة لأب ولا لأم فلا يعتق أحدهما على الآخر والله أعلم. وفي الجواهر: إذا كان ذا فرجين فيعطى الحكم لما بال منه، فإن بال منهما اعتبرت الكثرة من أيهما، فإن استويا اعتبر السبق، فإن كان ذلك منهما معاً اعتبرنا اللحية وكبر الثديين ومشابهتهما لثدي النساء، فإن اجتمع الأمران اعتبر الحال عند البلوغ، فإن وجد الحيض حكم به، وإن وجد الاحتلام حكم به، وإن اجتمعا فمشكل، وإن لم يكن له فرج النساء ولا الرجال وإنما له مكان يبول منه انتظر بلوغه، فإن ظهرت علامة تمييز وإلا فمشكل انتهى. ونقله في الذخيرة ثم قال بعد: وإذا انتهى الإشكال عدت الأضلاع فللرجال ثمانية عشر ضلعاً من الجانب الأيمن ومن الأيسر سبعة عشر، وللمرأة ثمانية عشر من كل جانب لأن حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم الأيسر فبقي الذكر ناقصاً ضلعاً من الجانب الأيسر قضى به علي رضي الله عنه انتهى. وقال ابن يونس إثر كلامه المتقدم في الأسبق والأكثر: فإن بال منهما جميعاً متكافئاً فمشكل في حد الصغر، ثم ينظر في كبره وبلوغه، فإن نبتت له لحية ولم ينبت له ثدي فهو رجل لأن اللحية علامة التذكير، وإن لم تنبت لحية وخرج ثدي فهو امرأة لأن الثدي يدل على الرحم وتربية الولد، فإن لم ينبتا أو نبتا جميعاً نظر، فإن حاضت فهي امرأة، وإن احتلم فهو ذكر، فإن حاض واحتلم أو لم يكن شيء من ذلك فمشكل عند من تكلم على الخنثى إلا على قولة شاذة ذهب إليها بعض الناس أنه ينظر إلى عدد أضلاعه. ثم ذكر ما ذكره القرافي وزاد: إن الله سبحانه وتعالى لما خلق آدم ألقى عليه النوم فاستل من جانبه الأيسر ضلعاً خلق منه حواء ثم قال: وعند هذا القائل لا يكون مشكلاً في صغر أو كبر. قال أيوب: وإليه ذهب الحسن البصري وتبعه عمرو بن عبيد قال: والجماعة على خلافهما انتهى. وذكر العقباني قول من يعد الأضلاع وقال: إن منهم من يقول أضلاع الرجل ستة عشر وأضلاع المرأة سبعة عشر. ومنهم من يقول: أضلاع الرجل سبعة عشر وأضلاع المرأة ثمانية عشر واتفقوا على أن أضلاع الرجل تساوي أضلاع المرأة من أحد الجانبين، واختلفوا من أي جانب الزيادة. والذين قالوا إن المرأة تزيد بضلع اعتمدوا في ذلك ما رواه الطبراني عن بعض التابعين ورواه ابن عباس أن حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم وهي القصرى استلت منه وهو نائم، وأيد هذا بما في الصحيحين من قوله عليه السلام: «إن المرأة خلقت من ضلع أعوج»[1] الحديث. وفي إثبات الأحكام بمثل هذا ضعف

(١) رواه البخاري في كتاب الأنبياء باب ١. كتاب النكاح باب ٨٠ مسلم في كتاب الرضاع حديث ٦٢.

والعيان يدل على خلافه. فقد أطبق خلق كثير من أهل التشريح على أنهم عاينوا أضلاع الصنفين متساوية العدد انتهى. والضِلَع بكسر الضاد المعجمة وفتح اللام وتسكين اللام جائز. قاله في الصحاح. وقول علي رضي الله عنه أجرأ من خاصي الأسد فأجرأ بالهمز من الجرأة وهي الشجاعة. وخاصي الأسد بلا همز من خصى يخصي والله أعلم. ولم يعتبر الشافعية الأضلاع ولا اللحية ولا الثدي ولا نزول اللبن على الأصح عندهم وذكروا له علامة أخرى وهي ميله إلى أحد الصنفين وقالوا: إنه يصدق في ذلك.

الثالث عشر: إذا حكم له بأحد الأمرين بعلامة ثم حدثت علامة أخرى قال العقباني: لم أقف فيه على شيء إلا ما رأيته لبعض أشياخي ونصه: إن حكم له بأنه ذكر بعلامات ثم جاءت علامات أخرى تدل على أنه أنثى أو بالعكس لم ينتقل عما حكم به أولاً، كأن يكون يبول من الذكر ثم جاء الحيض، أو كان يبول من الفرج ثم جاءت اللحية. قال الشيخ: كذا كان الشيخ يقول انتهى. وللشافعية قريب من ذلك وهو أنه إذا ظهرت علامة ميله إلى جهة الرجال وقبل قوله في ذلك. ثم ظهرت علامة أخرى غير الولادة لم يبطل قوله، وتقييدهم بغير الولادة ظاهر والله أعلم.

الرابع عشر: في حكم نكاحه، يمتنع النكاح في حقه من الجهتين، قال ابن عرفة في باب النكاح عبد الحق: لا يطأ ولا يوطأ، وقيل: يطأ أمته انتهى. وفي التوضيح هنا ابن القاسم: يمتنع النكاح من الجهتين انتهى. وفي كلام اللخمي إثر ما تقدم له عن ابن حبيب: ولا يجوز له نكاح يريد لا ينكح ولا ينكح انتهى. وقال الشافعية: إنه يخير في أن ينكح بأحد الجهتين. وقال ابن عرفة في أول كلامه: لا ينكح ولا ينكح. ابن المنذر عن الشافعي: ينكح بأيهما شاء ثم لا ينتقل عما اختاره انتهى. قال العقباني بعد نقله قول الشافعي: ولعله يريد إذا اختار واحداً وفعله أما مجرد الاختيار دون فعل فلا ينبغي أن يمنعه من اختيار العرف الآخر. ثم إنه بحث في إباحة النكاح فانظره ونحوه في ابن يونس.

الخامس عشر: في حكم شهادته. قال ابن عرفة اللخمي عن ابن حبيب: ويحكم فيه بالأحوط في صلاته واستتاره وشهادته. قال العقباني: سلوك الأحوط في شهادته أن لا تقبل إلا في الأموال ويعد في شهادته امرأة.

السادس عشر: في سهمه في الجهاد إذا غزا. قال ابن عرفة في مختصر الحوفي: وسهمه في الجهاد ربع سهم واستشكل وقال نصف. وقال في مختصره الفقهي: وفي كون الواجب له إن غزا ربع سهم أو نصف سهم. نقل الصقلي عن المذهب مع قول عبد الحق وابن عبد الحكم مع نقل الشعبي عن بعض أهل العلم.

....

السابع عشر: في حده إذا زنى بذكره أو فرجه أو زنى به. قال ابن عرفة: قال يعني أبا عمران: قيل: إن زنى بذكره لم يحد لأنه كأصبع وبفرجه يحد. المتيطي: في حده إن ولد من فرجه قولا بعضهم وأكثرهم لحديث: «ادرؤا الحدود بالشبهات»[1]. واختاره بعض الموثقين ونزلت بجيان فاختلف فيها فقهاؤنا فأفتى ابن أيمن وغيره بنفي الحد وضع الخنثى ابناً ومات من نفاسه. قال ابن عرفة: فيتحصل في حده ثالثها إن ولد وينبغي أن يتفق عليه لأن ولادته من فرجه دليل على أنوثته. ومفهوم أقوالهم أنه إن زنى بذكره لم يحد، ورأيت في بعض التعاليق مثله لابن عبد الحكم قال: ويؤدب، ومثله في نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم. وفي بعض التعاليق عن عبد الحكم: من وطىء خنثى غصباً حد. زاد الشعبي عن بعض أهل العلم: وعليه نصف المهر.

قلت: هذا على قول الأقل، وعلى قول الأكثر وابن أيمن لا يحد إلا أن يقال إشكاله كصغر الأنثى يحد واطئها ولا تحد وفيه نظر.

قلت: الأظهر أنه إن زنى بفرجه وذكره حداً اتفاقاً انتهى. واقتصر ابن يونس وعبد الحق أنه إن زنى بذكره لا يحد، وإن وطىء في فرجه كان عليه الحد، ونقله أبو الحسن ولم يحك غيره.

الثامن عشر: في الكلام على قذفه. قال ابن عرفة: حد قاذفه يجري على حده.

التاسع عشر: في سجنه إذا سجن. ويسجن وحده لا مع الرجال ولا مع النساء. نقله ابن عرفة عن بعض التعاليق

العشرون: في إمامته. تقدم في فصل الجماعة أن إمامته لا تجوز وتبطل صلاة من اقتدى به.

الحادي والعشرون: في محله في صلاة الجماعة. قال ابن عرفة عن اللخمي: ويتأخر عن صفوف الرجال ويتقدم على صفوف النساء وسيأتي في الثاني والعشرين كلام ابن عبد الحق وابن يونس.

الثاني والعشرون: في استتاره في الصلاة. تقدم في كلام ابن عرفة عن اللخمي أنه يحتاط. قال العقباني: فليستتر ستر النساء. وقال في تهذيب عبد الحق: ولا يصلي إلا مستتراً في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء انتهى. وقال ابن يونس: قال بعض فقهائنا: ولا يصلي إلا مستتراً في آخر الرجال وأول صفوف النساء.

الثالث والعشرون: قال العقباني: انظر هل يقرأ في الصلاة الجهرية سراً ويسجد أو يقال إنما السجود للسهو. ألا ترى أن من عجز عن الجهر وقدر على السر لا يسجد انتهى.

---

(١) رواه ابن ماجة في كتاب الحدود باب ٥. بلفظ «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً».

....

الرابع والعشرون: في مس فرجه هل ينقض وضوءه. تقدم للمصنف في فصل نواقض الوضوء أنه ينقض وقال الشارح: إنه مخرج على من أيقن بالوضوء وشك في الحدث والمذهب ذلك وجوب الوضوء.

الخامس والعشرون: في حكمه في اللبس في الحج. قال ابن عرفة عن بعض التعاليق: إنه يلبس ما تلبس المرأة ويفتدي. ابن عرفة ظاهره يلبس ما تلبسه المرأة ابتداء والأظهر أن ذلك فيما يجب على المرأة ستره وفي غيره لا يفعله ابتداء فلا يلبس إلا لحاجة انتهى. وهذا هو الظاهر. وقال سند: وإذا لم يجد يوم عرفة مركوباً يفق عليه للدعاء دعا جالساً كالمرأة ولا يقف كالرجل انتهى. قال في باب الحج.

السادس والعشرون: يحتاط في الحج فلا يحج إلا مع ذي محرم لا مع جماعة رجال فقط ولا مع نساء فقط. ابن عرفة: إلا أن يكون جواريه أو ذوات محارمه انتهى.

السابع والعشرون: فيمن يغسله إذا مات. قال ابن عرفة في النكاح في بعض تعاليق أبي عمران عن ابن أخي هشام: إن مات اشترى له خادم تغسله انتهى. ووجهه واضح لأنه إن كان ذكراً فهي أمته، وإن كان أنثى فهو امرأة إلا أنها تؤمر بستره، وهذا مما يدل على أنه أحد الصنفين في نفس الأمر، ولكنا لم نطلع عليه. وهذا إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال وأمكن أن تشتري من بيت المال فالظاهر أنه يشتري له منه جارية، فإن لم يمكن ذلك فالظاهر أنه يمم انتهى. وقد صرح بذلك الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة عند قوله: وإن كان مع الميتة ذو محرم منها ونصه: وإن مات المشكل فإنه يشتري له جارية من ماله تغسله إن كان له مال، فإن لم يكن له اشتريت له من بيت المال إن كان هناك، وإن لم يكن يمم ودفن.

الثامن والعشرون: في موضع نعشه في صلاة الجنائز. وقد تقدم ذلك في صلاة الجنائز في كلام المصنف.

التاسع والعشرون: في محل وقوف الإمام في الصلاة عليه. لم أر فيه نصاً والظاهر أنه يقف عند منكبيه احتياطاً، وهذا على جهة الأولى والله أعلم.

الثلاثون: في ديته. قال السهيلي: ديته كإرثه أي نصف دية ذكر ونصف دية أنثى. وكذا قال المقلشاني في جوابه المنظوم في مسائل الخنثى. وقال ابن عرفة: وفي نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم في قطع ذكره نصف ديته ونصف حكومته.

الحادي والثلاثون: إذا ادعى مشتري واحد من الرقيق أنه خنثى غطى فرجه ونظر الرجال ذكره وغطى ذكره ونظر النساء فرجه.

الثاني والثلاثون: إذا ادعى أحد الزوجين بعد النكاح أنه خنثى قال ابن عرفة: إنه مثل مسألة الرقيق. قال: ونزلت بتونس وفسخ نكاحها. وفي نظر الرجال لذكره والنساء لفرجه على القول بالنظر للفرج في عيب الزوجين احتمال للفرق بتحقق ذكورة الرجل.

الثالث والثلاثون: هل يوجد لخنثى في غير الآدميين؟ قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قال صاحب التنبيه في أول كتاب الزكاة: يقال ليس في شيء من الحيوانات خنثى إلا في الآدميين والإبل. قال النووي: قلت: وقد يكون في ولبقر. وقد جاءني جماعة أثق بهم يوم عرفة سنة أربع وسبعين وستمائة قال: إن عندهم بقرة خنثى ليس لها فرج الأنثى ولا ذكر الثور وإنما لها خرق عند ضرعها يجري منه البول. وسألوا عن جواز التضحية بها فقلت لهم: تجزىء لأنها ذكر أو أنثى وكلاهما يجزىء ليس فيه ما ينقص اللحم وأفتيتهم فيه انتهى.

قلت: ومما يدل على ما تقدم أن الخنثى ليس خلقاً ثالثاً وفي إجراء التضحية به بحث ثالث من جهة أخرى وهو أنه ناقص الخلقة إلا أن يقال: إن هذا النقص لا يضر بمنزلة الخصاء وهذا هو الظاهر والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً. يقول الراجي عفو ربه الكريم، ابن الشيخ حسن الفيومي إبراهيم: نحمدك اللهم على نعم أسديتها، ومنن أوليتها وواليتها، فما سالت كمائم المحابر لأفضل من حمد مولى النعم، فلقد اصطفيت وأيدت بتوفيقك لتأييد شريعتك الغرّاء ودينك القويم، أناساً ثابروا العمل في مرضاتك وأنت مولى الإحسان العميم. ونصلي ونسلم على المفرد العلم، المخصوص بجوامع الكلم، سيدنا محمد القائل: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدّين»[1] وعلى آله الكملة المطهرين، وأصحابه المرشدين إلى أوضح مسالك الفقه والدّين آمين **(وبعد)**.

فقد تم بمعونة منزل التنزيل، طبع شرح العلامة الحطاب لمصنف الإمام خليل، شرح من بين الشراح تنثلج بفوائده الصدور، وتزدري فرائده بقلائد النحور، وتخضع لتدقيقاته رقاب ذوي الآداب، ويسحر بتحقيقاته عقول أولي الألباب، مذيلة هاتيك القلائد، بذرر من الفرائد، ألا وهو شرح مفتي الأنام على الوفاق، سيدي محمد بن يوسف الشهير بالمواق، على المتن المذكور، ضاعف الله للجميع الأجور، فللّه درّه لقد أبرز من مخدرات مسائله العرائس، وأحرز من محجباتها النفائس، وقد أبرز هذين الكتابين للوجود، بعد أن كانا في زوايا النسيان

---

(١) رواه البخاري في كتاب العلم باب ١٠. مسلم في كتاب الإمارة حديث ١٧٥. الترمذي في كتاب العلم باب ٤. ابن ماجة في كتاب المقدمة باب ١٧. الدارمي في كتاب المقدمة باب ٢٤. الموطأ في كتاب القدر حديث ٨. أحمد في مسنده (٣٠٦/١) (٢٣٤/٢) (٩٢/٤، ٩٣، ٩٥، ٩٦، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠١).

والجحود، المولى الأعلم، والسلطان الأفخم، سلالة سيد العرب والعجم، سيد المتكلمين، ورئيس المحققين، أمير المؤمنين، وحامي حوزة الدّين، جلالة سلطان المغرب الأقصى مولانا (عبد الحفيظ) ابن مولانا الحسن حرسه الله، وأعلى في الخافقين ذكر علاه، ومتع بوجوده الأنام، وكلأه وذويه بعين رعايته التي لا تنام. آمين، وقد انتقى حفظه الله لهذا العمل الميمون، الأبر الحاج عبد السلام نجل الأمين الأجل الحاج محمد بن العباس ابن شقرون، فدأب حفظه الله وراء مرضاته حرصاً على رضا رب الأنام، وقام بذلك أحسن قيام، وصرف أوقاته السعيدة في إنجاز ما إلى همته السامية وكل، وفقنا الله وإياه إلى ما به لرضا المولى الكريم نصل، وذلك بمطبعة السعادة، الثابت محل إدارتها درب سعادة، بجواز محافظة مصر المعزيه، إدارة مديرها المتوكل علي العزيز الجليل (حضرة محمد أفندي إسماعيل) وقد فاح مسك الختام، وشذا عرف التمام، أوائل شهر شوّال، من عام ١٣٢٩ من هجرة منبع الكمال، عليه الصلاة والسلام، وآله الكرام وصحابته الأعلام ما جاءت الليالي تتلوها الأيام آمين.

فهرس الجزء الثامن

من

مواهب الجليل

الفهـــرس

مؤسسة جواد للطباعة والتصوير
هاتف: ٨٣٨١٥٧-٨٣٧٧٠٢ - بيروت - لبنان

